

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

La Jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation

QUANT AUX POINTS QUI LEUR SONT COMMUNS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 13 Février 1908, à 1 heure

PAR

André IDOUX

Président : M. BERTHÉLEMY, professeur

Suffragants { *MM. JACQUELIN, professeur*
WAHL, agrégé

PARIS V°

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

—
1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

La Jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de Cassation

QUANT AUX POINTS QUI LEUR SONT COMMUNS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 13 Février 1908, à 1 heure

PAR

André IDOUX

Président : M. BERTHÉLEMY, professeur

Suffragants { MM. JACQUELIN, professeur
WAHL, agrégé



PARIS V^e

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

—
1908

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont nos deux plus hautes juridictions. Contre leurs arrêts il n'y a plus de recours ; il leur appartient de dire le dernier mot ; bien plus l'autorité de leurs décisions est considérable et s'impose en fait, et quelquefois même en droit, aux tribunaux soumis à leur contrôle.

Mais si le privilège dont elles jouissent est le même, le domaine de leur activité semble bien distinct : à l'une, en effet, vont pouvoir aboutir toutes les affaires civiles ou criminelles, à l'autre toutes les affaires administratives.

Pourtant elles ont de nombreux points communs, et cela tient à deux raisons principales :

Tout d'abord il est, je crois, peu de questions qui aient soulevé autant de controverses que celle de la délimitation de la compétence entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs. Quels sont les litiges qui relèvent des tribunaux administratifs ? Les actes de l'administration, les rapports qui s'établissent soit entre elle et ses agents, soit entre elle et les

simples particuliers, peuvent-ils être soumis à l'autorité judiciaire, et dans quelle mesure ? Autant de questions que la loi n'a pas résolues ou qu'elle a résolues avec bien peu de précision et sur lesquelles nos deux juridictions ont eu à se prononcer. Elles l'ont fait souvent et dans des sens contraires ; et certes, l'histoire de leurs luttes sur ces questions de compétence est peut-être ce qu'il y a de plus intéressant dans l'étude de l'évolution de notre droit administratif au cours du xix^e siècle ; elle formera une grande partie de notre travail.

La seconde raison apparaît aussitôt : s'étant déclarées toutes deux compétentes pour résoudre les mêmes questions, elles ont donc statué au fond — autre point de contact — et là encore leurs solutions furent souvent divergentes. Aussi bien ces questions de fond et de compétence sont intimement liées l'une à l'autre, et souvent la solution donnée à l'une commande celle donnée à l'autre.

Ce ne sont d'ailleurs pas là les seules raisons qui expliquent la coexistence des deux jurisprudences sur des points semblables ; il se peut très bien que nos juridictions se rencontrent sur certains points sans que soient en jeu les règles de la compétence, je n'en citerai pour exemple que la possibilité pour la Cour de cassation de connaître de la légalité des règlements administratifs lorsqu'elle est saisie de pourvois contre des jugements de tribunaux de simple police, légalité que le

Conseil d'Etat est appelé à examiner lorsque ces mêmes réglemens sont attaqués par devant lui par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Nous avons voulu, dans cette étude, rapprocher, sur ces points communs, la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, les comparer, les discuter, essayer, si cela est possible, de dégager de chacune d'elles quelque idée générale qui nous permette à la fois d'esquisser un jugement d'ensemble sur leur œuvre passée et de saisir le sens de leur évolution future.

Mais notre intention n'a pas été de passer en revue tous les points communs de ces deux jurisprudences, et cela pour deux raisons : d'abord c'est qu'il est toujours difficile de prétendre avoir épuisé un sujet ; bien plus nous avons entendu borner notre examen aux points présentant un intérêt théorique et de quelque valeur.

Nous diviserons notre étude en deux parties. Dans la première, nous examinerons comment la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont compris le principe de la séparation des pouvoirs, dans la seconde comment ils entendent régler les rapports de l'administration avec ses agents ou avec les tiers.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PREMIÈRE PARTIE

Comment la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat ont compris le Principe de la Séparation des Pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs est une des règles fondamentales de notre droit public. Tout le monde est d'accord pour lui rendre cet honneur. La loi d'ailleurs est là, impérieuse et menaçante :

« Les fonctions judiciaires, dit la loi des 16-24 août 1790 (1), sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs. »

La Constitution de 1791, le Code pénal l'ont répété après elle (2).

Mais l'accord cesse dès que, dépassant le simple

1. Titre II, art. 13.

2. Constitution des 3-14 sept. 1791, titre III, chap. V, art. 3, et chap. IV, sect. II, art. 3. Code pénal, art 127-2°, 130, 131.

énoncé de la formule, on veut en déterminer la portée et les applications pratiques. Peu de questions, en effet, ont donné lieu à autant de controverses. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont été appelés souvent à se prononcer sur les difficultés de compétence que soulève cette séparation des autorités administrative et judiciaire, et souvent elles l'ont fait en sens contraire.

D'une manière très générale, on peut dire que chaque juridiction a toujours eu une tendance manifeste à conserver ou à étendre sa compétence, et cela bien entendu au nom du principe de la séparation des pouvoirs. Dans la longue lutte qu'elles ont soutenue entre elles, on peut dire que la Cour de cassation a été souvent vaincue. Le Conseil d'Etat, aidé il est vrai par le Tribunal des conflits, a presque toujours eu raison de sa résistance. Si bien qu'étudier leur jurisprudence sur la compétence respective des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs, c'est faire l'histoire des empiètements du Conseil d'Etat sur le domaine que la Cour de cassation prétendait lui être réservé.

Cette évolution de la jurisprudence administrative s'est réalisée à l'aide de moyens juridiques que nous avons essayé de classer méthodiquement, afin d'apporter à la fois plus de clarté dans notre exposé et de mieux faire saisir l'idée générale dont ils dérivent.

Nous avons cru pouvoir les rattacher à trois idées principales qui, pour se rencontrer aujourd'hui, n'en

semblent pas moins s'être développées successivement et dans l'ordre où nous les étudierons.

La première idée, c'est que les textes qui donnent compétence aux juridictions administratives pour connaître de certaines affaires ont voulu leur donner une compétence générale quant à ces affaires et non une compétence restreinte aux seules hypothèses prévues par eux.

La seconde, c'est que la prétention de la part de l'autorité judiciaire d'être la gardienne de la propriété et des droits individuels est sans fondement. S'il est incontestable que l'autorité judiciaire soit là, plus que partout ailleurs, dans son domaine propre, il n'en est pas moins vrai que des droits de ce genre peuvent être directement ou indirectement soumis aux tribunaux administratifs et appréciés par eux, sans que l'autorité judiciaire ait à intervenir. Quel est d'ailleurs l'acte de l'administration qu'on ne pourrait prétendre porter atteinte à l'un ou l'autre de ces droits ?

La troisième enfin, c'est que cette assertion que les tribunaux judiciaires sont les tribunaux de droit commun, que leur compétence est donc indéniable dès qu'il n'y a pas de texte qui la leur enlève expressément ou dès qu'il ne s'agit pas de juger les ordres de l'administration ou d'en entraver l'exécution, cette assertion, dis-je, est fausse. Aux tribunaux judiciaires il appartient de connaître de tous les rapports entre particuliers et de poursuivre la répression des délits, mais c'est aux tri-

bunaux administratifs qu'il appartient de connaître des litiges qui peuvent s'élever soit entre l'administration et ses agents, soit entre l'administration et les tiers.

Nous allons donc rechercher, dans trois chapitres distincts, comment le Conseil d'Etat a appliqué chacune de ces idées aux différentes espèces qui lui étaient soumises.

CHAPITRE PREMIER

De l'interprétation extensive des textes qui donnent compétence aux tribunaux administratifs

C'est dans la matière des dommages causés par les travaux publics qu'il faut rechercher les cas dans lesquels le Conseil d'Etat a donné une interprétation extensive des textes établissant la compétence des tribunaux administratifs.

Nous étudierons successivement les difficultés auxquelles ont donné lieu, à ce point de vue, les dommages causés aux personnes par les travaux publics et les dommages causés, soit aux personnes, soit aux choses, par l'entretien ou l'exploitation de l'ouvrage public une fois terminé.

§ 1. — Des dommages causés aux personnes par l'exécution des travaux publics

L'article 4, § 3, de la loi du 28 pluviôse an VIII

donne compétence au conseil de préfecture pour statuer sur les réclamations des particuliers « qui se plaindront des torts et dommages » causés par l'exécution des travaux publics. La loi est certainement conçue en termes très généraux ; on peut se demander toutefois si elle a entendu comprendre dans le mot « dommages » ceux même qui étaient causés, non plus aux propriétés, mais aux personnes.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a beaucoup changé sur ce point. Ses variations sont fidèlement rapportées dans une note du Sirey sous un arrêt du 15 avril 1868 (1) :

« Avant 1856, dit cette note, le Conseil semble avoir été sous l'empire de cette idée que l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII traçait une règle de compétence absolue applicable à tous les cas où un dommage était causé à des particuliers dans l'exécution des travaux publics sans qu'il y ait lieu de distinguer quant à la cause, à la nature ou à l'objet du dommage, ou quant à la qualité de son auteur. Aussi le Conseil attribuait-il à l'autorité administrative la connaissance de toutes les actions en indemnités formées, en cas de blessures ou autres accidents causés aux personnes, soit contre l'administration, soit contre les entrepreneurs ou concessionnaires (2).

1. C. d'Et., 15 avril 1868, Van Ruyselberg. S. 69.2.125.

2. C. d'Et., 27 août 1833, Questel. — 19 déc. 1839, Lemlé. — 27 avril 1847, Brunet. — 19 juin 1856, Tonnelier. Le Tribunal des conflits avait statué dans le même sens, 17 avril 1851, Rougier.

En 1856, une modification s'est opérée dans la jurisprudence, et le Conseil d'Etat a commencé à faire une distinction fondamentale qu'il a maintenue jusqu'en 1865. Ses arrêts ont reconnu que toutes les fois que l'action en dommages-intérêts pour blessures ou accidents était dirigée contre un entrepreneur ou concessionnaire de travaux publics on se trouvait placé en dehors des prévisions de la loi du 28 pluviôse an VIII et que, dès lors, l'autorité judiciaire était compétente; et cette règle a dû s'appliquer, non seulement lorsque l'entrepreneur était actionné par un ouvrier employé par lui (1), mais encore lorsqu'il s'agissait d'un simple particulier prétendant avoir reçu des blessures par la faute de l'entrepreneur ou de son sous-traitant (2). Mais, pendant cette période, la jurisprudence a continué de réserver à l'autorité administrative la connaissance exclusive des réclamations de la même nature, quand elles étaient formées contre l'Etat (3) ou contre un département ou une commune (4).

Enfin, en 1865, le Conseil d'Etat a fait un nouveau pas dans le sens de la compétence judiciaire, et, par deux arrêts successifs (5), il a attribué aux tribunaux

1. C. d'Et., 11 déc. 1856, Matheret, S. 57. 2. 650. — 4 fév. 1858, Maugeat, S. 59. 2. 124. — 16 août 1860, Passemar, S. 61. 2. 318.

2. C. d'Et., 22 nov. 1863, Boisseau, S. 63. 2. 270.

3. C. d'Et., 9 déc. 1858, Breuil, S. 59. 2. 462.

4. C. d'Et., 19 juin 1856, Tonnelier, précité.

5. C. d'Et., 15 déc. 1865, Buchi, S. 66. 2. 334. — 13 déc. 1866, Auroux, S. 67. 2. 336.

ordinaires l'appréciation des dommages aux personnes survenus dans l'exécution de travaux entrepris par une commune, et cette nouvelle jurisprudence vient trouver sa confirmation dans l'arrêt rapporté. »

Et l'annotateur ajoutait : « Il semble résulter de ce qui précède qu'après avoir incliné de plus en plus vers la compétence judiciaire, en ce qui touche les dommages aux personnes causés par l'exécution des travaux publics, le Conseil d'Etat admet aujourd'hui cette compétence comme un principe général. Néanmoins rien n'autorise à penser que le Conseil n'entend pas maintenir en cette matière le principe suivant lequel l'autorité administrative est seule compétente pour reconnaître une dette à la charge de l'Etat, principe qu'il applique à la rigueur (1). L'autorité judiciaire ne pourrait donc connaître d'une action en dommages-intérêts motivée sur des blessures causées par des travaux publics si elle était dirigée contre l'Etat; mais, à part cette exception, c'est à elle qu'appartient dans l'état actuel de la jurisprudence, le jugement des difficultés de cette nature. »

Dans les conclusions qu'il donnait à propos de cette affaire, M. le commissaire du gouvernement Aucoc approuvait cette tendance de la jurisprudence. Rappelant au Conseil d'Etat son ancienne jurisprudence, il lui disait :

1. C. d'Et., 22 nov. 1867, Ruault, S. 68. 2. 291.

« Depuis quelques années, par un scrupule qui vous honore d'autant plus qu'il a été plus spontané, vous avez reconnu qu'il y avait dans cette ancienne jurisprudence une application abusive d'un texte de loi qui n'avait pas été écrit dans ce but. »

Et, plus loin, après avoir rappelé que le législateur de l'an VIII n'avait fait que rétablir dans l'article 4 de la loi du 28 pluviôse les dispositions des articles 3 à 5 de la loi des 7-11 septembre 1790, il ajoutait :

« Or vous vous rappelez que la loi des 7-11 septembre 1790 chargeait le directoire de district, sauf recours au directoire de département, de statuer sur les réclamations relatives aux terrains pris ou fouillés pour l'exécution des travaux publics, et qu'il donnait compétence à la municipalité, sauf recours au directoire de district qui statuait en dernier ressort, quand il s'agissait de torts et dommages procédant du fait des entrepreneurs et non du fait de l'administration. Peut-on croire que le législateur de 1790 avait moins de souci de la vie des hommes que de leur propriétés, et qu'il songeait aux accidents de nature à entraîner des blessures ou la mort des ouvriers ou des passants lorsqu'il conférait à la municipalité, sauf recours au directoire de district statuant en dernier ressort, le pouvoir de connaître des dommages causés par le fait des entrepreneurs ? N'est-il pas évident qu'il songeait à des préjudices causés aux propriétés immobilières ou mobilières et à des préjudices moindres que l'occupation ou

l'expropriation des terrains pour lesquels il avait constitué la compétence du directoire de district en premier ressort et du directoire de département au second degré? Le législateur de cette époque avait évidemment pensé, comme vous le pensez aujourd'hui, que les réclamations relatives aux dommages causés aux personnes impliquant une faute, une négligence, étaient l'accessoire de l'action criminelle que cette faute pouvait entraîner, et que l'autorité judiciaire était seule compétente en principe pour statuer sur l'ensemble d'une affaire de cette nature, quel que fût le côté par lequel elle fût abordée. Quand nous retrouvons dans la loi du 28 pluviôse an VIII les mots « torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration » (et le Conseil voit, dans ces derniers mots qui ont donné lieu à des explications bizarres, la trace évidente d'une reproduction de la loi de 1790), nous ne pouvons pas leur donner un autre sens que celui qui leur avait été attribué par le législateur de 1790. »

A côté de cet argument historique qui n'est pas sans valeur, il en est un autre tiré des motifs qui ont fait instituer la compétence administrative en matière de travaux publics. En effet, si la compétence administrative a été instituée en cette matière, « c'est, entre autres motifs, parce qu'on a voulu empêcher les tribunaux ordinaires d'entraver par leurs décisions l'exécution de ces travaux. Or, quel que soit le jugement rendu par un tribunal civil sur la réclamation d'un particulier blessé

par des travaux publics, l'exécution de ces travaux ne peut recevoir aucune atteinte, et, dès lors, la compétence de l'autorité administrative ne se justifie plus à ce point de vue » (1).

Cette jurisprudence du Conseil d'Etat, ne devait d'ailleurs avoir qu'une durée éphémère. Il devait bientôt revenir sur ses pas et regagner peu à peu tout le terrain qu'il avait volontairement perdu.

Par un arrêt du 19 décembre 1873 (2), le Conseil d'Etat, revenant à son ancienne jurisprudence, reconnaissait la compétence du conseil de préfecture pour statuer sur les demandes en indemnité basées sur des dommages causés aux personnes par l'exécution des travaux publics (3).

Mais il lui donnait des limites assez étroites, car il ne considérait pas comme résultant de l'exécution des travaux les dommages aux personnes provenant d'une faute commise pendant cette exécution par des agents de l'entrepreneur ou du concessionnaire. Il en aurait été de même dans le cas de faute commise par un agent de l'État, mais la compétence serait toutefois dans ce cas restée administrative pour cette autre raison que l'autorité administrative peut seule déclarer l'Etat débiteur (4).

1. Voir S. 69. 2. 125, même note, *in fine*.

2. C. d'Et., 19 déc. 1873, Lambert, S. 74.2.261.

3. Voir de même C. d'Et., 9 janv. 1874, Valentine, S. 75.2.344.

4. C. d'Et., 20 nov. 1874, Zeig, S. 76.2.189. — 11 déc. 1874, Clouzet, S. 76.2.224.

Cette distinction devait être abandonnée à son tour et le Conseil d'Etat proclamait la compétence générale du conseil de préfecture dans tous les cas (1). Le Tribunal des conflits sanctionnait cette nouvelle évolution (2).

A la vérité, le Conseil d'Etat s'était bien rendu compte que cette distinction risquait de lui enlever toutes les contestations soulevées par les victimes d'accidents survenus pendant l'exécution de travaux publics, ces accidents pouvant presque toujours être imputés à l'imprudence ou à la négligence des agents chargés de l'exécution des travaux. Et il était revenu à la compétence générale du conseil de préfecture dans tous les cas. Sa jurisprudence n'a plus varié depuis (3).

La Cour de cassation avait fait aussi cette distinction et elle tenait à la conserver. Elle l'appliquait d'ailleurs à tous les dommages, même à ceux causés aux propriétés (4), et son importance mérite qu'on s'y

1. C. d'Et., 30 nov. 1877, Lefort, S. 79.2.277.

2. Trib. conf., 7 mars 1874, Desmolles. — 29 déc. 1877, Leclercq. — 11 juill. 1891, Lagrave. — 18 nov. 1893, Bérard.

3. C. d'Et., 7 août 1886, Garcia. — 11 janv. 1889, Gabanda. — 24 juin 1892, Garrigou. — 8 août 1892, Bardot. — 9 mars 1894, Compagnie Parisienne du gaz. — 11 mai 1894, Ferrang et Pacaud. — 16 mars 1900, Préfet des Ardennes.

4. Cass., 25 avril 1866, S., 66.1.258. — 31 janv. 1876, S. 76.1.293. — 18 fév. 1879, S. 79.1.216. — 24 mai 1886, S. 86.1.262. — 14 déc. 1892. — S. 96.1.524. En vérité, ces arrêts de la Cour de cassation, sauf celui de 1886, ont rapport à des dommages causés aux propriétés. Les recueils d'arrêts n'en citent pas d'autres jusqu'à cette date, qui statuent directement sur la compétence à propos des dommages causés aux personnes ; mais le raisonnement qu'elle donne pour les premiers peut facilement s'étendre aux autres.

arrête quelque peu ; nous la retrouverons d'ailleurs dans le paragraphe suivant.

A l'examiner, on saisit bien les tendances diverses des deux jurisprudences.

Pour le Conseil d'Etat, tout ce qui touche au travail public doit être de la compétence administrative ; l'ouvrage public, pour lui, c'est quelque chose de considérable et tout ce qui en approche lui emprunte nécessairement son caractère.

« Dans tous les litiges, dit M. Haurion (1), auxquels peuvent donner lieu les contrats, les opérations, les accidents qui se produisent autour d'un ouvrage public, il n'y a pas à tenir compte, pour déterminer le tribunal compétent, de la nature juridique du fait qui a provoqué le litige, mais uniquement de cette circonstance que le fait s'est produit à l'occasion d'un ouvrage public. »

La Cour de cassation ne professe point ces idées. La juridiction administrative n'est compétente en matière de dommages causés par l'exécution des travaux publics qu'autant que cette exécution s'est faite conformément aux règles prescrites par l'administration. L'administration a le droit d'ordonner, en vertu de son pouvoir d'autorité, que tels et tels travaux seront exécutés, de telle et telle façon. Les particuliers pourront éprouver des dommages, c'est certain ; mais leur intérêt doit être subordonné à l'intérêt public ; on les

1. Voir note sous Trib. conf., 11 juill. 1891, précité, S. 93.3.81.

dédommagera. Les entrepreneurs et concessionnaires en somme n'ont fait, en causant ces dommages, qu'user d'un droit qui leur a été conféré par l'administration ; c'est donc elle, pour bien dire, qui est touchée dans les procès intentés contre ces entrepreneurs ou ces concessionnaires, et l'on comprend que le législateur ait établi dans ce cas la compétence administrative. Mais il n'en est pas de même dès que l'administration n'est plus en jeu, dès qu'on ne peut plus saisir sa volonté ou sa puissance dans les faits reprochés à l'entrepreneur ou au concessionnaire. Celui-ci reste seul en cause. Ces faits ont été commis dans le domaine commun à tous, et il en est responsable dans les termes du droit commun.

C'est par application de cette idée que la Cour de cassation avait décidé qu'elle était seule compétente à l'exclusion de l'autorité administrative pour connaître des torts et dommages résultant des travaux publics, lorsqu'il s'agissait de travaux ou de faits non autorisés par l'administration (1). C'est pour la même raison qu'elle se déclarait compétente lorsque ces dommages provenaient d'une faute imputable à l'entrepreneur ou au concessionnaire ou à leurs agents ; dans les deux cas, c'est la même idée qui domine : les ordres de l'administration ont été transgressés, le travail public n'est plus la cause directe du dommage.

« D'une manière générale, dit l'annotateur de l'arrêt

1. Cass., 1^{er} juillet 1843. S. 43.1.670. — 1^{er} et 22 août 1860, S. 60.1.853 et 856. — 22 janv. 1861. S., 61.1.341.

du 18 février 1879 (1), l'autorité judiciaire est seule compétente pour reconnaître l'existence et faire l'application des droits et obligations du droit commun, encore que cette application se rattacherait à l'exécution de travaux publics. »

Et c'est toujours la même idée qui lui dictait ses arrêts où elle réservait la compétence judiciaire dans le cas où le dommage à la personne avait sa cause dans un délit pénal, que la réparation en fût poursuivie accessoirement à l'action public (2), ou bien alors même qu'il n'y aurait pas eu de poursuite devant la juridiction répressive (3). Nous faisons cette dernière distinction parce que la Cour de cassation se trouve en dissidence avec le Tribunal des conflits qui nie sa compétence dans le second cas (4) et que, si le Conseil d'Etat n'a pas eu, à notre connaissance, à se prononcer sur ce point précis, il est certain qu'à la première occasion il adoptera cette distinction, si même il ne va pas jusqu'à la supprimer complètement, mais à son profit, imitant en cela le Tribunal des conflits de 1850 (5), en déclarant qu'il est toujours compétent pour statuer sur l'action civile dérivant de ce délit, qu'il y ait ou non poursuite devant la juridiction répressive,

1. Voir plus haut, p. 20, note 4.

2. Cass., 2 déc. 1881. S. 83. 1. 44.

3. Cass., 15 janv. 1889. S. 89. 1. 74. — 13 juin 1895, S. 96. 1. 26.

4. Trib. conf., 17 janv. 1880, Bruno, S. 81. 3. 49. — 17 avril 1886, Mougin, S. 88. 3. 10.

5. Trib. conf., 17 avril 1851, Rougier, S. 51, 2. 577.

La jurisprudence de la Cour de cassation a-t-elle varié ? On peut l'affirmer très catégoriquement, mais on ne peut pas dire que ce soit à son avantage, car ses décisions sont loin de refléter une idée d'ensemble.

Dans deux arrêts des 29 mars et 15 novembre 1897 (1), elle reconnaît la compétence de la juridiction administrative « pour statuer sur les dommages causés par l'exécution des travaux publics, non seulement aux choses, mais encore aux personnes » (2). Il est vrai que dans l'arrêt du 29 mars elle prétend que la demande n'est pas « fondée sur l'allégation d'une faute personnelle », mais cette réserve n'est pas reproduite dans l'arrêt du 15 novembre :

« Attendu, dit cet arrêt, que la demande sur laquelle il a été statué par la décision attaquée se rattachait directement à l'exécution d'un travail public ; que, dès lors, c'est à l'autorité administrative qu'il appartient d'en connaître par application de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. »

Elle renonce donc ici purement et simplement à son ancienne distinction (3) ; l'arrêt du 29 mars d'ailleurs qui pouvait laisser quelque doute à cet égard semble bizarrement conçu. Un dommage, et nous faisons cette observation tout à l'heure à propos de la jurisprudence du Conseil d'État, un dommage, dis-je, peut il être causé

1. Cass., 29 mars 1897. S. 98. 1. 65. — 15 nov. 1898. S. 98. 1. 128.

2. Arrêt du 29 mars.

3. Voir de même Cass., 7 nov. 1900, S. 1903. 1. 22.

à une personne par l'exécution d'un travail public sans qu'on puisse le rattacher à une faute de l'entrepreneur ou du concessionnaire ou de l'un de leurs agents. Comment la Cour de cassation pouvait-elle affirmer le contraire ? Si elle reconnaissait la compétence administrative pour les dommages causés aux personnes, elle devait fatalement renoncer à son ancienne distinction entre le cas où ces dommages pouvaient être imputés à une faute de l'entrepreneur ou du concessionnaire, et le cas où cette faute n'existait pas, et c'est ce qu'elle a fait dans les arrêts précités du 15 novembre 1897 et 7 novembre 1900.

Devait-elle s'arrêter là ? Dans le cas où le dommage, à la personne a sa cause dans un délit pénal et que la juridiction répressive n'en est pas saisie, ne devrait-elle pas aussi décliner sa compétence ? D'ailleurs le fait dommageable ne présentera-t-il pas, presque toujours, les caractères légaux d'un délit pénal, délit d'homicide ou de blessures par imprudence ?

Et pourtant dans ce cas elle s'est déclarée compétente (1).

Sa jurisprudence sur cette question des dommages aux personnes nous semble donc bien incohérente. Elle est le résultat d'une doctrine peu nette, imputable d'ailleurs au Conseil d'Etat qui est venu en détruire l'ancienne harmonie, et de la recherche d'un autre prin-

1. Cass., 8 nov. 1897. S. 1900. 1. 263.

cipe qui lui permette de trouver un terrain d'entente avec le Conseil d'Etat pour établir d'un commun accord la limite de leurs compétences respectives.

En somme on peut dire que la Cour de cassation, après le Conseil d'Etat, a abandonné son ancienne distinction entre les dommages causés aux propriétés et ceux causés aux personnes par l'exécution des travaux publics. Cette controverse a donc disparu, mais pour faire place à une controverse plus large, savoir quelle est la juridiction compétente pour statuer sur les dommages causés, et alors soit aux personnes, soit aux choses, par l'entretien ou l'exploitation d'un ouvrage public. C'est ce que nous allons examiner dans le paragraphe suivant.

§ 2. — *Des dommages causés par l'entretien
ou l'exploitation d'un ouvrage public.*

Un nouveau conflit est né entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sur le point de savoir, une fois l'ouvrage public exécuté, qui serait compétent pour statuer sur les dommages causés, soit par l'entretien, soit par l'exploitation de cet ouvrage public.

Le Conseil d'Etat étend la compétence des conseils de préfecture. La théorie de l'individualité du travail public, que nous avons déjà rencontrée tout à l'heure, apparaît ici de nouveau et avec plus de force encore.

Tout d'abord on en a vu l'application aux dommages causés par l'entretien de l'ouvrage public (1).

« L'ouvrage public, dit M. Hauriou (2), doit être considéré comme ayant une individualité et une qualité spéciale, non seulement pendant la période de construction, mais pendant toute sa durée d'ouvrage public, c'est-à-dire jusqu'à sa désaffectation. Cette qualité est limitée à ce qui est nécessaire pour maintenir l'ouvrage dans un certain état matériel (construction, réparation, entretien). Elle entraîne cette conséquence que tout ce qui a quelque rapport avec l'état matériel de l'ouvrage doit être rattaché, soit à l'opération de travaux publics primitive, soit à des opérations de travaux publics subséquentes. »

Mais, à l'époque où il écrivait ces lignes, il se refusait à étendre plus loin la compétence de la juridiction administrative.

« Toutefois, disait-il, cette notion d'individualité matérielle de l'ouvrage public doit être limitée par celle d'opération de travaux publics. Ce qui se produit à l'occasion de l'ouvrage n'appartient au contentieux des travaux publics qu'autant que le fait a quelque rapport avec la construction ou l'entretien de l'ouvrage. Que si le fait a trait seulement à l'exploitation de l'ou-

1. C. d'Et., 20 déc. 1863. Chauvior, D. 64. 3. 89; — 2 déc. 1881, Joullié, D. 83. 3. 37. — *Contra* : 12 janv. 1870, Drouard, décision isolée.

2. Note sous trib. conf., 11 juill. 1891, Lagrave, précité, S. 93. 3. 81.

vrage une fois construit, l'extension du contentieux s'arrête, car ce contentieux est avant tout celui de l'opération de travaux publics et ici on est tout à fait en dehors de cette opération. C'est ainsi que les accidents uniquement dus à une faute commise dans l'exploitation d'un chemin de fer cessent d'appartenir au conseil de préfecture. »

Pourtant il ajoutait : « Encore ne s'avisera-t-on pas quelque jour de remarquer que l'exploitation du chemin de fer est le résultat de la concession, et que la concession est liée à l'opération de travaux publics de construction et d'entretien ».

Le même auteur se flattait bientôt de voir réalisé ce qu'il considérait comme un progrès (1). « De plus en plus, disait-il, il devient vrai de dire que le contentieux des travaux publics n'est pas celui de l'opération de travaux publics, mais celui de l'ouvrage public. Tout ce qui touche à l'ouvrage public, tout ce qui concerne sa construction, sa réparation, son entretien, son exploitation, est de la compétence du conseil de préfecture. Nous avons déjà fait cette remarque dans une note sous une décision du Tribunal des conflits du 11 juillet 1891, La-grave (2). Mais cette évolution ne nous paraissait

1. Note sous Cons. d'Et., 8 août 1892, Min. des trav. publ. S. 94. 3. 73. Voir les nombreux arrêts que M. Hauriou y cite à l'appui de sa doctrine.

2. C'est cette note dont nous avons tiré les citations faites ci-dessus ; v. p. 27, note 2.

encore accomplie qu'en ce qui concerne la construction, la réparation, l'entretien ou le défaut d'entretien ; le contentieux relatif à l'exploitation de l'ouvrage, et notamment celui des fautes d'exploitation, ne nous paraissait pas encore complètement absorbé. Aujourd'hui la chose est faite ».

Nous ne croyons pas, pour notre part, que le Conseil d'Etat se soit montré aussi catégorique. Il semble bien résulter de l'examen de ses arrêts que, s'il reconnaît la compétence de la juridiction administrative pour tout ce qui concerne l'établissement et l'entretien du travail public, il ne lui reconnaît pas une compétence générale lorsqu'il s'agit de l'exploitation de ce travail.

Il est bien certain qu'ici, pas plus que tout à l'heure dans les dommages causés aux personnes, il ne tient compte, pour fixer la compétence, de la faute qui, étant la cause de la responsabilité, devrait entraîner la compétence judiciaire (1), mais on peut presque toujours se rendre compte, lorsqu'il reconnaît la compétence de la juridiction administrative pour statuer sur un fait qui se rattache à l'exploitation de l'ouvrage public, qu'il met en cause la façon dont le travail a été exécuté ou entretenu.

On peut en trouver une preuve dans les arrêts qui

1. Cons. d'Et., 18 nov. 1893, Bérard ; — 8 déc. 1894, Poirier ; — 9 fév. 1900, Michon.

ont statué sur les dommages causés aux propriétés voisines par la fumée des locomotives. Ainsi, dans un arrêt de 1887 (1), le Conseil d'Etat prend soin de spécifier « que le dommage causé au demandeur par la quantité anormale de fumée dégagée par les locomotives qui circulent dans un tunnel et dans sa rampe d'accès tient aux conditions particulières dans lesquelles se trouvent établis ledit tunnel et ladite tranchée ».

Et il semble être bien d'accord sur ce point avec le Tribunal des conflits qui, lui, distingue très formellement des autres dommages ceux qui sont causés par l'exploitation d'un travail public.

« Considérant, dit-il dans une décision du 28 juillet 1894 (2), que le dommage dont s'agit se rattache nécessairement au fait de travaux exécutés depuis 1875 par la Compagnie pour la rectification de deux routes nationales et pour la création de deux voies supplémentaires, avec croisement et demi-lune, destinées aux manœuvres des locomotives ; que, dès lors, ledit dommage est la conséquence, non d'un fait particulier d'exploitation, mais de l'établissement même du chemin de fer et des conditions dans lesquelles il a été construit ».

1. Cons. d'Et., 6 mai 1887, Comp. de P.-L.-M. S. 89. 3. 15. *Id.*, 7 mai 1897, Guibert, S. 99. 3. 52.

2. Trib. conf., 28 juil. 1894, Stractmann, S. 96. 3. 121.

Le Conseil d'Etat ne nous semble donc pas avoir admis la compétence administrative pour tous les dommages qui se rattachent à l'exploitation d'un travail public. Et d'ailleurs, puisqu'il se base pour étendre cette compétence sur le principe de l'individualité du travail public, s'il peut très bien déclarer la juridiction administrative compétente lorsque le fait invoqué par la victime du dommage, quoiqu'ayant rapport à l'exploitation du travail public, peut se rattacher à l'exécution ou à l'entretien de ce travail, il ne peut plus le faire lorsqu'il ne peut opérer ce rattachement.

Il faut toujours que le dommage se rattache et se lie au travail public, sinon l'autorité judiciaire reste compétente pour statuer sur les dommages causés uniquement par la faute de l'entrepreneur ou du concessionnaire, et cela d'ailleurs même s'il ne s'agit que de l'exécution du travail public (1).

La Cour de cassation n'a pas fait de difficultés pour étendre la compétence administrative aux dommages causés par l'entretien d'un travail public (2) ; de même elle a établi de bonne heure la distinction entre les dommages causés par l'exécution ou l'entretien d'un travail public et ceux causés par l'exploitation de ce travail (3).

1. C. d'Et., 23 janv. 1903. Syndicat du canal du Vernet et du Pra, S. 1905. 3. 107.

2. Cass., 31 mai 1865, D. 66. 1. 26. sol imp. — 23 juil. 1867, D. 67. 1. 325. — 5 mai 1885, D. 85. 1. 339.

3. Cass., 10 août 1864, D. 64, 1. 482. — 23 mai 1865, D. 65. 1. 253.

Mais nous avons vu aussi qu'elle distinguait suivant qu'il y avait eu ou non faute de l'entrepreneur ou du concessionnaire. Et cette distinction, nous le savons, a longtemps pesé sur sa jurisprudence; ici, comme tout à l'heure, elle l'a obscurcie et rendue quelque peu incohérente.

Aussi, à côté de décisions reconnaissant la compétence administrative pour cette seule raison que le dommage dont on demande la réparation a pour cause la mauvaise exécution ou le défaut d'entretien d'un travail public (1), en voyons-nous d'autres se préoccuper seulement, pour fixer la compétence, de savoir s'il y a eu ou non faute de l'entrepreneur ou du concessionnaire (2).

Pourtant un revirement s'est produit dans la jurisprudence de la Cour de cassation et certains arrêts récents formulent de nouveau très nettement cette ancienne distinction entre les dommages causés par la construction et ceux causés par l'exploitation d'un travail public.

« Attendu, dit un arrêt du 25 novembre 1902 (3), que si, par application de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, l'autorité judiciaire était incompétente pour connaître du dommage, en tant qu'il aurait eu

1. Cass., 29 mars 1897, 15 nov. 1897, 7 nov. 1900, précités, voir p. 24, notes.

2. Voir les arrêts cités plus haut, p. 20, note 4. Aj. 31 oct. 1898, S. 99.1.414. — 17 déc. 1901. S. 1902.1.191.

3. Cass., 25 nov. 1902. S. 1903.1.529.

pour cause unique et indivisible la façon dont le travail public avait été exécuté, il en était autrement si, comme l'alléguait la demanderesse, ce dommage était aussi une conséquence de la faute que la Compagnie aurait commise dans l'exploitation de sa concession...

Attendu que ce fait d'exploitation était susceptible d'être apprécié isolément, sans que l'autorité judiciaire eût à s'immiscer dans l'exécution du travail public. »

Si un arrêt du 15 juillet 1903 (1) ne fait plus état que de la faute et revient ainsi en arrière, un autre du 27 mars 1906 (2) reproduit la formule de celui de 1902.

« Cette distinction, dit M. Mestre (3), entre les dommages résultant de la construction et ceux qui proviennent de l'exploitation est tout à fait rationnelle.

On conçoit parfaitement que l'administration ou la compagnie cessionnaire jouissent de prérogatives particulières en tant qu'il s'agit de la construction du travail. A raison de l'importance et de la nature des travaux, de leur utilité générale, de leurs conséquences souvent très graves pour les propriétés, il est naturel que les règles strictes du droit civil ne s'appliquent pas à eux, ni aux dommages qui peuvent en résulter, car elles conduiraient le plus souvent à l'irresponsabilité du constructeur qui n'est pas en faute ; par là même

1. Cass., 15 juil. 1903. S. 1905.1.97.

2. Cass., 27 mars 1906. S. 1907.1.137.

3. Note sous Cass., 20 juin 1899. S. 1900.1.265.

peut se justifier l'attribution à la juridiction administrative du contentieux des travaux publics en tant qu'il se rattache à leur mode d'établissement.

Dans le cas de dommage dû à la construction, dit M. Laferrière, « c'est le travail public qui en est réputé le véritable auteur » ; le travail public revêt une sorte d'individualité propre, pour employer l'heureuse expression de M. Hauriou, individualité qui englobe tout ce qui par un « lien indivisible » se rattache à la construction.

Si cette situation particulière s'explique pour la construction du travail, elle est tout à fait étrangère à son exploitation. Une compagnie cessionnaire de travaux publics n'est pas assimilable à une société purement privée en ce qui touche l'établissement des lignes et tout ce qui s'y rapporte directement ; les dommages en résultant pourront ne pas être, au point de vue de la compétence et du fond, considérés comme des dommages ordinaires. En ce qui touche l'exploitation, au contraire, ou du moins tous les faits d'exploitation indépendants du tracé, on conçoit que les dommages provenant, par exemple, de la faute des employés soient assimilés, au point de vue de la compétence et du fond, aux dommages résultant d'une exploitation industrielle quelconque. »

Les deux jurisprudences semblent donc se rapprocher comme si elles voulaient arriver à une entente définitive, mais cette entente paraît bien n'être faite que sur des mots.

D'abord la Cour de cassation ne distingue pas, comme pourrait le faire croire la note de M. Mestre, dans les faits dommageables survenus au cours de l'exploitation, ceux qui se rattachent à l'exécution du travail et ceux qui ne s'y rattachent point.

Mais, ferait-elle cette distinction (1), que le conflit n'en existerait pas moins, car, le principe posé, il faut ensuite l'appliquer, et l'examen des arrêts que nous avons cités nous montre les deux juridictions considérer les mêmes faits, tantôt comme liés au travail public, tantôt comme complètement indépendants de ce travail, suivant que cela intéresse leur compétence.

Pour nous, et comme conclusion à ce chapitre, nous dirons que le Conseil d'État, en étendant ainsi la compétence administrative, ne nous semble pas avoir fidèlement interprété la loi de l'an VIII. Nous avons exposé plus haut (4) comment nous comprenions cette loi et quelle en était la portée dans l'esprit du législateur de cette époque et nous n'y reviendrons donc point. La solution de la Cour de cassation était sans conteste la seule solution parfaitement juridique. Le Conseil d'Etat a fait ici œuvre de législateur, nous verrons plus loin ce qu'il faut en penser.

1. Voir les motifs de l'arrêt précité du 27 mars 1906, p. 33, note 2.

2. Voir p. 21 et suiv.

CHAPITRE II

Du principe que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété et des droits individuels

C'est encore la matière des travaux publics qui va nous fournir les principaux cas dans lesquels le Conseil d'Etat, pour étendre sa compétence, a dû lutter contre ce principe soutenu avec vigueur par la Cour de cassation que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété et des droits individuels.

Nous allons étudier, au point de vue de la compétence, la jurisprudence des deux juridictions sur les offres de concours faites en vue de l'exécution de travaux publics, puis sur les dommages permanents causés par l'exécution de ces travaux.

A vrai dire, le Conseil d'Etat n'a fait, sur ces questions, comme sur celles déjà étudiées dans le chapitre précédent qu'étendre la portée des textes légaux ; mais, étant donné l'importance de la controverse et le caractère des arguments invoqués par la Cour de cassation,

nous avons cru devoir en faire l'objet d'un chapitre distinct.

Nous examinerons ensuite les difficultés si considérables auxquelles a donné lieu la question de la délimitation du domaine public naturel.

§ 1. — *Des offres de concours faites en vue de l'exécution de travaux publics.*

L'article 4, § 2, de la loi du 28 pluviôse an VIII donne compétence au conseil de préfecture pour statuer « sur toutes les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ».

Peut-on appliquer cet article aux contestations qui s'élèvent entre l'administration et des tiers à propos d'offres de concours faites par ceux-ci en vue de l'exécution d'un travail public ? Evidemment non. Ces tiers ne peuvent en aucune façon être assimilés à des entrepreneurs de travaux publics car on ne peut véritablement pas assimiler leur engagement à un marché de travaux publics.

Il semble donc qu'il n'y ait là qu'un engagement purement civil et que les difficultés que soulève son existence ou son exécution doivent être appréciées uniquement par l'autorité judiciaire.

Pourtant, si les termes de la loi de l'an VIII ne peu-

vent certainement s'appliquer à un contrat de ce genre, on peut très bien soutenir, à notre sens, qu'il n'y a là qu'une lacune de la loi et qu'il rentrerait dans l'esprit du législateur de donner sur ce point compétence à la juridiction administrative (1).

C'est peut-être ce qui explique que la Cour de cassation n'ait pas toujours opposé de résistance à l'extension de la compétence administrative.

Quant au Conseil d'Etat il n'a fait ici encore qu'appliquer sa théorie de l'individualité du travail public.

Pour exposer la jurisprudence des deux juridictions, il faut distinguer suivant que les offres de concours ont eu pour objet des sommes d'argent, des cessions d'immeubles, ou tout à la fois des sommes d'argent et des cessions d'immeubles.

I. — Lorsque la souscription n'a pour objet que des sommes d'argent, la Cour de cassation n'a pas fait de difficultés pour reconnaître la compétence administrative.

« Attendu, dit-elle, que la souscription consentie... et son acceptation... ont constitué un contrat administratif ayant pour objet l'exécution d'un travail public ; qu'il n'appartient pas seulement à la juridiction

1. On peut tirer argument de ce fait qu'il a attribué à l'autorité administrative la connaissance des litiges soulevés par les subventions forcées prévues par la loi du 16 sept. 1807 ; voir Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 2^e édit., t. II, p. 193.

administrative d'en donner l'interprétation, mais qu'elle est seule compétente pour statuer au fond sur les contestations relatives à son exécution et à ses effets (1). »

II. — La difficulté fut plus grande pour les offres de concours comprenant tout à la fois des subventions en argent et des cessions de terrains.

Le Conseil d'Etat avait tout d'abord admis la compétence judiciaire (2), mais il était bientôt revenu sur sa jurisprudence, et, statuant sur conflit, avait encore et définitivement étendu dans ce cas la compétence administrative (3).

III. — Lorsque les souscriptions consistent seulement en une cession d'immeuble, le Conseil d'Etat avait tout d'abord été d'accord avec la Cour de cassation « pour déclarer (4) que les souscriptions de l'espèce étaient des conventions civiles, qu'il n'y avait pas à

1. Cass., 20 avril 1870. D. 71. I. 41. — *Id.*, 4 mars 1872. D. 72. I. 440. — 19 mars 1884. D. 84. I. 285. — Pour le Conseil d'Etat, voir arrêts des 20 avril 1839, Préfet du Cher ; — 30 juin 1842, Mont-Saulnin ; — 31 janv. 1867, La Ciotat ; — 5 févr. 1875, Commune de Chavanay ; — 30 nov. 1883, Pelletier ; voir en outre, pour ce cas et ceux que nous allons examiner, les nombreux arrêts cités par Lefournier, « De la compétence en matière de souscriptions ou offres de concours pour travaux publics », « Revue générale d'administration », 1887, III, p. 296, et par Roux, « De l'offre de concours en vue de l'exécution d'un travail public au point de vue de la compétence », même Revue, 1905, I, p. 279.

2. C. d'Et., 15 mars 1850, Ajasson de Grandsagne ; — 19 juill. 1855, Reullon.

3. C. d'Et., 5 mars 1864, Christophini. — *Id.*, 24 déc. 1875, Leroux ; — 14 déc. 1883, Houillères d'Ahun.

4. Lefournier, *op. cit.*, p. 299.

se préoccuper de la forme administrative dont elles étaient revêtues, et qu'il ne fallait en considérer que la nature intrinsèque ; que les cessions de terrains ainsi consenties s'analysaient en une transmission ordinaire d'immeubles, et que les difficultés auxquelles elles donnaient lieu, comme tout le contentieux de la propriété immobilière, relevaient exclusivement de la juridiction de droit commun (1). »

Mais une décision du Tribunal des conflits de 1876 (2) ayant établi qu'il n'y avait pas lieu de « distinguer les engagements de payer des sommes d'argent et ceux qui consistent en abandons gratuits de terrains », le Conseil d'État adoptait bientôt à son tour la même solution (3).

La Cour de cassation ne se considérait pourtant pas comme vaincue et, saisie de la question en 1887 dans une affaire Guillaumin, elle confirmait son ancienne doctrine :

« Attendu, disait-elle (4), que le contrat qui s'est ainsi formé ne peut être considéré comme un marché de travaux publics dont il appartiendrait au Conseil de préfecture de connaître en vertu de l'article 4 de la loi

1. Cass., 17 juill. 1849. D. 49. 1. 315. — C. d'Et., 15 mars 1850, Ajasson de Grandsagne, précité ; — 17 juill. 1861, Commune de Craon ; — 1^{er} août 1873, Abadie.

2. Trib. conf., 27 mai 1876, de Chargère.

3. C. d'Et., 14 déc. 1883. Houillères d'Ahun, précité ; — 27 nov. 1885, Jullien.

4. Cass., 18 janv. 1887. D. 87. 1. 229.

du 28 pluviôse an VIII en cas de contestation sur le sens et la portée des clauses de ce marché ; que les contrats qui ont pour objet la cession par des particuliers à des communes de terrains destinés à l'exécution de travaux publics, sous certaines conditions stipulées au profit des propriétaires, sont des contrats civils, en quelque forme qu'ils aient été passés, contrats dont il appartient aux tribunaux civils de déterminer le sens et la portée, lorsqu'il s'élève des difficultés entre les parties sur l'exécution des clauses inscrites dans ces conventions. »

Mais dans la même affaire le Tribunal des conflits reproduisait sa thèse de 1876(1) : « Considérant, disait-il, qu'il importe peu que l'offre de concours de Guillaumin ait consisté dans l'abandon gratuit des terrains lui appartenant qui seraient nécessaires pour l'établissement du chemin, que la nature de l'objet n'en change pas la destination et par suite ne change pas la nature du contrat ; qu'il n'y a donc pas lieu de distinguer entre les engagements pris de payer des sommes d'argent et ceux qui consistent en abandon gratuit de terrains. »

La Cour de cassation était donc dessaisie malgré elle.

Ainsi, nous avons vu qu'ici la Cour de cassation ne se basait plus, pour déterminer la compétence, sur ce fait que l'offre de concours constituait une obligation

1. Trib. conf., 30 juill. 1887. Guillaumin. *Id.* 17 janv. 1890, Veil.

de droit commun dont l'appréciation n'appartenait qu'à la juridiction civile ; au contraire, elle admet l'extension de la règle posée pour les contrats passés entre l'administration et les entrepreneurs de travaux publics, et ceci, avons-nous dit, nous semble conforme à l'esprit du législateur de l'an VIII.

Mais elle n'admet pas cette extension dès qu'un droit de propriété est en cause. La propriété est inviolable, dit-elle, l'expropriation ne peut se faire que par autorité de justice ; et, dès qu'un litige intéresse la propriété, la crainte d'une expropriation possible la saisit aussitôt.

« Et, en effet, disait le commissaire du gouvernement près le Tribunal des conflits lors de la décision précitée du 5 mars 1864, quand, après avoir livré volontairement mon immeuble à l'administration pour un travail public, je viens prétendre, ou qu'elle en a occupé un autre que celui dont j'ai fait cession, ou qu'elle n'a pas rempli la condition stipulée, quel est, en réalité, le sens de ma plainte ? En réalité je soutiens que je suis dépossédé à tort, dépouillé malgré moi ; en d'autres termes, que le droit de propriété, ce droit sur lequel le législateur veille avec tant de sollicitude, est méconnu, violé en ce qui me concerne. »

Nous ne pouvons admettre cette théorie ; la juridiction administrative ne veut point réaliser d'expropriation quand elle statue sur une offre de concours ; elle se

contente d'interpréter un contrat passé entre l'auteur de cet offre et l'administration.

Aussi bien la Cour de cassation ne s'arrête-t-elle point là, et, abandonnant comme trop étroite l'idée d'expropriation pour affirmer sa compétence, dépassant même le domaine de la propriété, elle pose en principe que les tribunaux judiciaires sont les gardiens exclusifs de la propriété et des droits individuels.

S'il fallait admettre cette théorie, la compétence de la juridiction administrative serait non seulement très réduite, mais présenterait encore bien peu de cohésion. Lorsqu'on a donné compétence à la juridiction administrative pour statuer sur certains litiges, on n'a pas entendu limiter cette compétence au cas où des droits individuels ou des droits de propriété n'y seraient aucunement intéressés. On a établi cette compétence dans un intérêt public, par exemple pour assurer une meilleure et plus prompte exécution des services publics, et, tant que cette exécution se poursuit conformément aux règles édictées par l'administration, la juridiction administrative reste compétente pour statuer sur les litiges qu'elle soulève, sans qu'on ait à se préoccuper de la nature des droits qui peuvent être soumis à son appréciation.

Spécialement, dans le cas d'offre de concours faite en vue de l'exécution d'un travail public, si l'on considère qu'il était dans l'esprit du législateur d'attribuer à la juridiction administrative la connaissance des liti-

ges auxquels ces offres pouvaient donner lieu, bien qu'il ne s'en soit pas expliqué formellement, on ne doit faire aucune distinction entre le cas où ces offres consistent en sommes d'argent et ceux où ils consistent en cessions d'immeubles ; c'est la nature du contrat qui a déterminé la compétence et non son objet.

« Nous protestons, dit très bien M. Berthélemy (1), contre une affirmation qu'on énonce volontiers en forme d'axiome : c'est ce prétendu principe qui fait des tribunaux judiciaires les gardiens exclusifs des droits individuels et de la propriété. Aucun texte de loi ne les investit d'une telle prérogative. Les tribunaux administratifs ont la même fonction, et la plupart du temps, s'ils annulent un acte de l'autorité administrative, c'est précisément parce que directement ou indirectement cet acte porte indûment atteinte aux droits individuels, ou à la propriété de quelqu'un. Il n'est pas d'ordre administratif, d'ailleurs, qui ne soit susceptible de léser quelqu'un dans ses droits ou de le gêner dans la liberté. Suffira-t-il donc de se prétendre ainsi lésé pour soustraire cet ordre à la connaissance de ses juges naturels et en soumettre la vérification aux tribunaux ordinaires ? (2) ».

1. Berthélemy, « *Traité élémentaire de droit administratif* », 4^e éd., p. 109, note.

2. M. Berthélemy s'exprime ainsi, comme on le voit, à propos d'actes d'autorité ; mais son raisonnement s'applique aussi bien aux actes de gestion dont le contentieux appartient de par la loi aux tribunaux administratifs. Ceux-ci deviennent alors comme les « juges naturels » de ces actes.

Nous allons voir, dans le paragraphe suivant, comment la Cour de cassation a appliqué son principe dans des hypothèses différentes de celles que nous venons d'étudier.

§ 2. — *Des dommages permanents causés par l'exécution des travaux publics*

Le conseil de préfecture, nous l'avons vu, est compétent pour connaître des dommages causés par l'exécution des travaux publics. Mais l'importance de ces dommages, comme leur nature, est loin d'être la même dans tous les cas. Certains sont purement temporaires ; ils tiennent à l'exécution même du travail et cessent avec elle ou bien sont facilement réparables. D'autres sont permanents ; ce n'est plus, pour ainsi dire, l'exécution du travail public qui en est la cause, mais le travail public lui-même par ce seul fait qu'il existe. Le conseil de préfecture est-il compétent pour connaître des uns et des autres ?

Le Conseil d'Etat s'est toujours prononcé pour l'affirmative.

Et en effet nous avons vu comment se justifie l'attribution aux tribunaux administratifs du contentieux des dommages causés par l'exécution des travaux publics(1).

1. Voir ci-dessus chap. I, p. 21 et suiv.

Les entrepreneurs ou concessionnaires de travaux publics, avons-nous dit, n'ont fait en somme en causant ces dommages qu'user d'un droit qui leur a été conféré par l'administration ; c'est donc elle, pour bien dire, qui est touchée dans les procès intentés contre ces entrepreneurs ou ces concessionnaires et c'est pour cela que le législateur a établi en cette matière la compétence administrative. Ce raisonnement ne s'applique-t-il pas identiquement ici ? Que le dommage soit temporaire ou permanent, l'entrepreneur ou le concessionnaire n'a-t-il pas fait dans les deux cas que se conformer aux ordres édictés par l'administration ?

Il est bien vrai que, par contre, le législateur a réservé la compétence de l'autorité judiciaire dès qu'au lieu de causer un simple dommage à une propriété on s'en empare en tout ou en partie, mais ceci s'entend seulement du cas où un propriétaire voit sa propriété ou une portion de sa propriété quitter définitivement son patrimoine pour passer dans celui de l'administration. Si cette dépossession n'est point réalisée, il ne peut y avoir qu'un simple dommage ; l'administration ne s'est emparée d'aucune parcelle de propriété, elle n'a fait que disposer de sa propre chose (1).

« Lorsque la dépréciation est liée à l'expropriation, disait le commissaire du gouvernement dans l'arrêt de

1. C. d'Et., 24 oct. 1821, Thomas ; — 22 janv. 1823, de Gourgues ; — 14 juill. 1830, Cornet ; — 12 avril 1832, Massip.

1832 que nous venons de citer, c'est-à-dire lorsque l'enlèvement d'une partie de la propriété diminue la valeur de la partie laissée à l'ancien propriétaire, on doit alors appliquer la loi du 8 mars 1810 puisqu'en effet l'expropriation est la cause du dommage, de la perte. Mais, au contraire, s'il ne s'agit que de moins-value occasionnée par des travaux publics, comme l'abandon ou l'exhaussement d'une route, alors il n'y a plus d'expropriation proprement dite, on n'a privé le propriétaire d'aucune portion de sa propriété; il y a seulement dépréciation, dommage, et l'indemnité à laquelle le propriétaire peut avoir droit doit être fixée d'après les dispositions de la loi de 1807. »

« Il ne saurait y avoir expropriation, dit encore M. Laferrière (1), là où il n'y a ni translation de propriété, ni même dépossession de tout ou partie du fonds, mais seulement diminution de ses avantages et de sa valeur. »

Et le Conseil d'Etat n'est jamais revenu sur sa jurisprudence (2).

La Cour de cassation ne pouvait admettre cette théorie; elle avait tendance, nous l'avons vu, à assimiler à une expropriation toute atteinte, même indi-

1. Laferrière, « Traité de la juridiction administrative », 2^e éd., t. II, p. 160.

2. C. d'Ét., 3 fév. 1835, Berthier; — 23 fév. 1839, Delcambre; — 25 avril 1842, Dru; — 13 août 1851, Héritiers Rouxel; et les nombreux autres arrêts cités par Serrigny, *op. cit.* t. II, n° 710, p. 219.

recte, causée à la propriété sans se soucier de savoir s'il y avait eu cette translation de droits qui semble pourtant être la caractéristique de l'expropriation (1).

« Attendu, dit-elle (2), que la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue (art. 544 C. civ.) et que nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité (art. 545, C. civ. ; art. 9 et 10 de la Charte) ;

Attendu que la jouissance est une portion essentielle de la propriété, que la modification ou l'altération perpétuelle de la jouissance modifie ou altère évidemment la propriété ; d'où résulte le droit du propriétaire à une indemnité comme s'il subissait une expropriation réelle d'une partie du sol, nul sacrifice de la propriété à l'intérêt public ne devant être gratuit sans le consentement du propriétaire ;

Attendu que toutes les questions relatives à la propriété des citoyens sont essentiellement de la compétence de l'autorité judiciaire, sauf les droits de l'autorité publique pour l'exécution des travaux qu'elle ordonne à la charge d'une indemnité préalable ; que c'est par l'autorité de justice que s'opère l'expropriation pour cause d'utilité publique (art. 1^{er} L. 7 juill. 1833), et que même en cas d'occupation temporaire des proprié-

1. Cass., 23 nov. 1836, D. 37.1.14 ; — 23 avril 1838, D. 38.1.288, — 30 avril 1838, D. 38.1.203.

2. Arrêt du 30 avril 1838, précité.

tés jugées nécessaires pour des travaux de fortification, le règlement définitif des indemnités est attribué à l'autorité judiciaire (art. 66 de la même loi) ;

Attendu, au fond, qu'il ne s'agit pas dans la cause d'une sujétion temporaire pour réparation de la voie publique, ou pour l'assainissement ou pour la salubrité ;

Attendu qu'il s'agit d'un exhaussement notable et permanent de la voie publique dont l'effet est de déprécier la maison des sieur et dame Lhoir, et qu'il n'existe aucune loi qui ait dérogé, dans ce cas, au principe et à la nature du droit de propriété, ni au principe d'une juste et préalable indemnité du dommage permanent causé à l'un des citoyens dans l'intérêt de tous. »

Et puis, partant de ce principe que « toutes les questions relatives à la propriété des citoyens sont essentiellement de la compétence de l'autorité judiciaire », il était facile d'en déduire que les lois des 28 pluviôse an VIII et 16 septembre 1807 n'étaient que des lois d'exception devant s'interpréter restrictivement, toutes les questions relatives à la propriété devant rester de la compétence de l'autorité judiciaire tant que la loi ne les lui aurait pas enlevées par un texte formel.

Seulement ce point de départ était faux et la preuve en était facile, attendu, ainsi que le disait le Tribunal des conflits, « que les lois des 28 pluviôse an VIII et 16 septembre 1807 ont chargé l'autorité administrative de prononcer sur les réclamations des particuliers pour

tous les torts et dommages résultant de l'exécution des travaux publics, jusques et y compris l'expropriation des immeubles, et que les lois des 8 mars 1810, 7 juillet 1833 et 3 mai 1841, n'ont enlevé à ladite autorité que la connaissance des actions en indemnité pour expropriation totale ou partielle (1). »

La Cour de cassation comprenant alors la faiblesse de son argument finit par se rallier à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

« Attendu, dit-elle dans un arrêt de 1852 (2), que l'attribution de compétence qui résulte de ces dispositions (lois des 16-24 août 1790 et du 28 pluviôse an VIII) en faveur de l'administration relativement aux réclamations des particuliers pour tous les torts et dommages provenant de l'exécution des travaux publics s'applique, hors les cas d'expropriation, à toute espèce de dommages résultant soit du fait personnel des entrepreneurs, soit du fait ou de la faute de l'administration elle-même, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les dommages purement temporaires et les dommages permanents ; que les lois des 8 mars 1810, 7 juillet 1833 et 3 mai 1841 n'ont enlevé, en effet, au contentieux administratif pour l'attribuer à l'autorité judiciaire que la connaissance des actions en indemnité pour expropriation totale ou partielle. »

1. Trib. conf., 29 mars 1850, 2 espèces, Thomassin et Séjourné. *Id.* 3 avril 1850, Mallez ; 24 juillet 1851. Pamard.

2. Cass., 29 mars 1852, S. 52. 1. 460. *Id.*, 14 août 1854, S. 55. 1. 142.

Mais, pour avoir reconnu que les lois de l'an VIII et de 1807 n'étaient pas des lois exceptionnelles et qu'il ne pouvait y avoir expropriation hors les cas de dépossession totale ou partielle de la propriété, la Cour de cassation n'en a pas pour cela abandonné sa vieille prétention d'être la gardienne de la propriété et nous allons la voir réapparaître, avec plus de force encore, dans la question de la délimitation du domaine public naturel que nous allons maintenant examiner.

§ 3. — *De la délimitation du domaine public naturel*

Le droit de délimiter le domaine public maritime, soit à l'embouchure des fleuves ou rivières, soit sur tout autre point du littoral, appartient au Président de la République (1). Celui de délimiter les bords des rivières navigables et flottables appartient aux préfets sous l'approbation du ministre des travaux publics (2).

L'administration n'ayant sur le domaine public naturel que des droits de conservation et de police ne peut que constater les limites de ce domaine et non l'étendre. Contrairement au domaine public artificiel, routes, chemins, etc..., que l'administration crée et qu'elle peut modifier à son gré, englobant dans cette délimitation

1. Décret-loi du 21 février 1852, article 2.

2. Loi du 8 avril 1898, article 36.

toute propriété privée qui lui semble nécessaire à l'intérêt public, elle ne peut jamais ici que constater ce que la nature a fait et par suite ne peut jamais incorporer une propriété privée dans sa délimitation puisque ce domaine public par nature n'a jamais pu être l'objet d'une propriété privée. Cet acte de délimitation est un acte administratif au premier chef, acte de puissance publique, et, si l'on estime qu'il a empiété sur une propriété privée, qu'il a par conséquent mal délimité le domaine, on peut l'attaquer devant le Conseil d'Etat et demander son annulation.

Si le Conseil d'Etat estime que la délimitation est bien faite, tout doit être fini; le demandeur avait cru faussement être dépossédé, il ne pouvait être propriétaire d'un bien qui, par nature, n'était pas susceptible de propriété privée.

Les arrêts, tant du Conseil d'Etat que de la Cour de cassation, sont loin d'avoir toujours reflété une telle clarté de principes; malgré les nombreuses variations de leur doctrine ils n'y sont d'ailleurs pas encore arrivés.

Jusqu'en 1860 le Conseil d'Etat rejetait les pourvois contre les actes de délimitation qui n'étaient pas, au dire du demandeur, conformes à l'état naturel (1).

Il y avait là, disait-il, des actes de pure administra-

1 C. d'Et., 4 avril 1845. *Balias de Soubran*; — 3 mars 1847. *Id.*; — 20 avril 1854, *V. de Nogent-sur-Seine*; — 19 juillet 1860, *Port de Bercy*.

tion qui ne pouvaient lui être déferés par la voie contentieuse ; il n'admettait que ceux attaqués pour incompetence ou excès de pouvoirs. Mais il laissait entendre aux propriétaires qu'ils pouvaient s'adresser à l'autorité judiciaire pour « faire statuer ce qu'il appartiendra, disait-il dans l'arrêt précité de 1860, sur les droits qu'ils pouvaient avoir antérieurement... à la jouissance et à la propriété des terrains compris aujourd'hui dans le lit de la Seine et sur l'indemnité qui peut leur être due à raison de leur dépossession ».

« Il était cependant impossible, dit M. Laferrière (1), de laisser sans juges les réclamations des riverains qui se prétendaient atteints dans leurs propriétés par des délimitations abusives ; aussi l'autorité judiciaire, par une jurisprudence dont on ne peut contester l'équité, se reconnaissait le droit d'apprécier ces réclamations. Elle ne s'attribuait point le pouvoir d'annuler ou de modifier l'acte de délimitation, ni d'ordonner la restitution des terrains englobés dans le domaine public, mais elle décidait qu'une délimitation empiétant sur la propriété avait pour effet de l'exproprier indirectement, de la réunir au domaine public fluvial ou maritime et de résoudre le droit du riverain en un droit à indemnité » (2).

1. Laferrière, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. I, p. 495.

2. Cass., 23 mai 1849, D. 50. 1. 313 ; — 3 février 1852, D. 52. 1. 199 ; — 20 mai 1862, D. 63. 1. 230 ; — 21 novembre 1865, D. 66. 1. 113 ; — 14 mai 1866, D. 66. 1. 394. Cette théorie était d'ailleurs adoptée par le Tribunal des conflits, 20 mai 1850, Fizes.

« Attendu, disait l'arrêt précité du 20 mai 1862, qu'il appartient à l'autorité administrative, dans l'intérêt de la navigation, de déterminer les limites des fleuves et des rivières navigables, que cette délimitation a pour effet d'exproprier pour cause d'utilité publique les terrains privés qu'elle incorpore au domaine de l'Etat, que, si les propriétaires de ces terrains ne peuvent en demander le délaissement, ils ont droit à un indemnité représentative de la valeur desdits terrains ».

Ainsi la Cour de cassation ne faisait pas de distinction entre le domaine public naturel dont l'autorité administrative ne peut que rechercher les limites et le domaine public artificiel qu'elle peut créer de toutes pièces ; bien plus, elle lui reconnaissait un droit d'expropriation indirecte qu'aucune loi ne lui avait conféré.

Cette solution contraire aux principes ne pouvait durer. Aussi le Conseil d'Etat, renonçant à opposer une fin de non-recevoir aux recours formés contre les actes de délimitation, devait-il réfuter énergiquement cette théorie (1).

« La Cour de cassation, disait M. Aucoc au Conseil d'Etat en 1866 (2), accepte ce principe que

1. C. d'Et., 23 mai 1861, Coquart ; — 27 mai 1863, Drillet de Lanigou ; — 3 déc. 1863, Port de Fécamp ; — 12 juill. 1866, Follin ; — 9 janv. 1868, Archambault ; — 21 juill. 1870, Bertrand-Lemaire.

2. Conclusions présentées dans un arrêt du 15 déc. 1866, Salines de la Gaffette, D. 67. 3. 33.

l'autorité administrative est chargée de délimiter le domaine public. Elle reconnaît qu'il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de faire rentrer les propriétaires en possession des terrains qui auraient été compris dans les limites fixées par l'autorité administrative et que le droit des propriétaires se transforme dans un droit à indemnité. Mais, pour apprécier ce droit à indemnité, elle ne tient aucun compte de la délimitation qui a été faite par l'administration. A ses yeux, la délimitation du lit des fleuves, du rivage de la mer, à laquelle procède l'administration, se fait, non pas conformément aux limites naturelles, mais en vue des besoins du service public de la navigation.

L'administration ne reconnaît pas le domaine public, elle le crée au besoin par voie de délimitation. Il y a deux limites distinctes pour le domaine public, les limites administratives déterminées par l'administration, les limites naturelles que reconnaît l'autorité judiciaire, et, si les unes ne sont pas conformes aux autres, l'administration restera en possession, mais elle devra payer une indemnité. Elle a incorporé au domaine public la propriété privée sans formalités, sans indemnité préalable, c'est vrai, mais c'est son droit. Seulement elle doit indemniser après coup les propriétaires...

Ainsi, messieurs, ce qui dans votre jurisprudence est un accident regrettable, un accident donnant lieu à recours pour excès de pouvoir, est transformé par la

jurisprudence que nous venons de citer (1) en une institution régulière. D'après ces arrêts, l'autorité administrative est dispensée dans les délimitations du domaine public de se conformer aux limites naturelles des fleuves, de la mer. Elle incorpore au domaine de l'Etat les propriétés privées, elle exproprie sans formes, sans indemnité préalable. »

Et, rappelant au Conseil d'Etat sa nouvelle jurisprudence, il ajoutait :

« Ainsi, vous avez nié ce droit d'incorporation au domaine public. Toutes les fois que l'administration a besoin, pour le service public, d'une propriété qui est actuellement en dehors du domaine public, elle ne peut l'acquérir que par voie d'expropriation. Et où serait, en effet, le fondement de la doctrine contraire ? Est-ce que le sens des mots délimitation, fixation des limites, ne résiste pas énergiquement à l'interprétation qu'on leur donne ? Délimiter, c'est conserver et non pas acquérir. Et il serait regrettable que l'autorité judiciaire, après avoir nié ce droit de délimitation, arrivât à lui donner une portée plus considérable que l'administration elle-même ne le demandait. »

« Qu'est-ce donc, disait encore M. Laferrière (2),

1. M. Aucoc faisait allusion aux arrêts que nous avons rapportés plus haut, p. 53, note 2, et qu'il venait d'analyser.

2. « Revue critique de législation et de jurisprudence », nouvelle série, t. I, p. 355 ; voir en sens contraire Réverchon, même revue, même tome, p. 275 et suiv.

que cette délimitation administrative distinguée de la délimitation naturelle ? C'est tout simplement un abus de pouvoir revêtu d'un titre officiel, c'est un acte illégal annulable au premier chef, puisque les limites tracées par l'administration doivent légalement se confondre avec celles que la nature a marquées. Plutôt que de renvoyer cette illégalité au Conseil d'Etat pour qu'il la censure et l'efface, l'autorité judiciaire lui donne droit de cité, la pare d'un nom honorable et l'élève à la hauteur d'un décret d'expropriation assez efficace pour déposer le propriétaire riverain ».

Ainsi le conseil d'Etat refusait très énergiquement à l'autorité administrative le droit d'incorporer au domaine public des propriétés privées sous prétexte de fixer les limites de ce domaine.

Quelle devait être la conséquence de cette doctrine à l'égard de l'autorité judiciaire ? « C'est, disait très bien M. David, qu'un recours au contentieux étant ouvert devant la juridiction administrative contre tout acte de délimitation qui empiéterait sur la propriété privée, cet acte s'impose à tous tant qu'il subsiste. C'est la constatation juridique des limites naturelles du domaine public au regard de la propriété riveraine, car elle émane de l'autorité compétente pour la faire ; elle ne saurait donc être remise en question devant l'autorité judiciaire. Il suit de là que, si le propriétaire riverain qui se croit lésé dans sa propriété par l'acte de délimitation, au lieu de le déférer au Conseil d'Etat, s'adresse

à la justice civile pour demander non pas la restitution de son terrain, mais une indemnité représentative de sa valeur, l'autorité judiciaire, réduite à tirer les conséquences légales de l'acte de délimitation, devra nécessairement refuser toute allocation d'indemnité qui serait inconciliable avec cet acte » (1).

Cette conséquence a été affirmée par la Commission provisoire remplaçant le Conseil d'Etat après la chute du gouvernement impérial (2) :

« Considérant, dit-elle, que le droit qui appartient à l'administration en vertu de la loi ci-dessus visée des 22 décembre 1789-10 janvier 1790, de délimiter les cours d'eau navigables ne donne aux préfets d'autre pouvoir que celui de reconnaître et déclarer la ligne séparative du domaine public et de la propriété privée ; qu'il s'ensuit que les limites fixées par l'administration doivent se confondre avec les limites naturelles du cours d'eau et qu'aucune parcelle de terrain située en dehors desdites limites naturelles ne saurait, même sous la réserve d'une indemnité, être comprise par voie de délimitation administrative dans le lit du cours d'eau sans qu'il en résultât un excès de pouvoir ouvrant aux intéressés le recours autorisé par la loi ; qu'ainsi les dispositions qui consacrent et circonscrivent tout à la

1. Conclusions présentées devant le Trib. conf., 11 janvier 1873, Pâris-Labrosse.

2. Décrets sur conflit du 7 mai 1871, Jabouin, et du 13 mars 1872, Patron.

fois le droit de l'administration excluent pour les tribunaux civils tout pouvoir de réviser la délimitation administrative aussi bien au point de vue d'une indemnité à accorder aux riverains qu'au point de vue de la possession des terrains et, par suite, la compétence que supposerait un tel pouvoir (1). »

Devant cette jurisprudence, la Cour de cassation ne pouvait plus continuer ses anciens errements. Le Conseil d'Etat refusait à l'autorité administrative le droit d'incorporer au domaine public des terrains qui naturellement n'en faisaient point partie, elle le lui refusa à son tour. Mais elle n'alla pas plus loin et, ne pouvant se résigner à nier sa compétence, elle invoqua de nouveau ici qu'elle était seule juge de tous les litiges où étaient engagés des droits de propriété.

Elle rejeta bien son ancienne distinction entre la délimitation administrative et la délimitation naturelle, mais pour en établir une autre entre la délimitation faite en dernier ressort par le Conseil d'Etat et celle qu'il aurait dû faire, à son sens, reconnaissant un droit à indemnité aux propriétaires si ces deux délimitations ne concordaient point.

« S'il appartient aux préfets, dit-elle, de fixer les limites d'un fleuve et de déterminer les terrains qui,

1. Arrêt du 13 mars 1872, précité. Cette décision avait été rendue sur les conclusions conformes de M. Laferrière, alors commissaire du gouvernement ; mais celui-ci devait bientôt revenir en arrière, voir *op. cit.*, 2^e éd., t. I, p. 548.

compris entre les deux rives ainsi définies, sont des dépendances du domaine public, les tribunaux civils n'en sont pas moins compétents pour connaître des questions de propriété ou de possession annale que les propriétaires riverains peuvent soulever, à l'occasion des terrains d'alluvions dont ils prétendent avoir acquis la propriété ou la possession, en vertu des articles 556 et 557 du Code civil. Toutefois, au lieu d'ordonner le délaissement immédiat des terrains dont ces propriétaires auraient été dépossédés et de s'opposer ainsi à l'exécution de cet acte administratif, les tribunaux civils doivent se borner à reconnaître et déclarer le droit de propriété réclamé par les propriétaires riverains, sauf à eux à invoquer ultérieurement le bénéfice de cette décision, soit à l'effet de demander à l'autorité administrative l'annulation de l'arrêté de délimitation, soit à l'effet de demander à l'autorité judiciaire une indemnité d'expropriation si cet arrêté est maintenu (1). »

Et le Tribunal des conflits a adopté cette théorie (2).

Cette nouvelle jurisprudence ne nous semble guère plus satisfaisante que l'ancienne. Et M. David en a fait une très juste critique :

1. Cass., 6 nov. 1872, D. 73.1.363. *Id.* 5 avril 1876, D. 78.1.11 ; — 14 déc. 1880, D. 81.1.167 ; — 4 janv. 1886, D. 86.1.125 ; — 4 fév. 1891, S. 93.1.358 ; — 26 juin 1895, D. 95.1.509.

2. Trib. conf., 11 janv. 1873, précité ; — 1^{er} mars 1873, Guillié ; — 12 mai 1877, Veuve Dodun.

« Ainsi, dit-il (1), d'après cet arrêt, le propriétaire dépossédé par un acte de délimitation aura l'option entre le recours devant le Conseil d'Etat s'il veut rentrer dans sa propriété ou une action en indemnité devant l'autorité judiciaire s'il veut se contenter d'un dédommagement pécuniaire. Cette solution, loin de mettre fin au différend, nous semble l'aggraver. Nous sommes d'abord frappés des résultats étranges que produira dans la pratique le droit d'option laissé aux particuliers. Ainsi, dans une délimitation d'ensemble qui, procédant d'après les mêmes données techniques reconnues plus tard inexactes, aura compris sur une longue ligne une bande de terrain morcelée entre un grand nombre de propriétaires, la délimitation sera mise à néant à l'égard des uns, elle sera maintenue à l'égard des autres, suivant qu'ils auront préféré le recours administratif ou l'action judiciaire, la reprise de leur terrain ou l'indemnité pécuniaire. Un autre résultat qui nous paraît plus grave encore, parce qu'il intéresse l'ordre public, c'est que, sur les actions dont elle sera saisie, l'autorité judiciaire, si elle reconnaît que l'acte de délimitation englobe effectivement le terrain du réclamant, consacrera cette illégalité en lui attribuant, au moyen de l'allocation au propriétaire d'une indemnité de dépossession, le même effet qu'à une expropriation régulièrement consommée. N'y aurait-il

1. Conclusions rapportées plus haut, voir p. 58, note 1.

pas là quelque chose qui puisse ressembler à une entente des deux pouvoirs pour éluder la loi, l'un venant ainsi prêter sa sanction à l'illégalité commise par l'autre ? Mais c'est surtout au point de vue purement juridique que la doctrine émise par le dernier arrêt nous paraît inadmissible. Du moment, en effet, qu'il est reconnu par la Cour de cassation, comme par le Conseil d'État, que les actes de délimitation peuvent être annulés par le Conseil d'État au contentieux quand ils englobent dans le domaine public des propriétés particulières, il nous semble que l'autorité judiciaire ne peut plus reconnaître ce fait sans s'ériger juge de l'excès de pouvoir, de l'illégalité qu'il constitue, et sans méconnaître cette conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, à savoir qu'il est interdit à l'autorité judiciaire d'apprécier la légalité des actes de l'administration à moins qu'un texte spécial de loi ne l'y autorise ».

Et, en effet, il nous semble bien que le principe de la séparation des pouvoirs est ici gravement méconnue par la Cour de cassation. N'y a-t-il pas d'ailleurs contradiction à affirmer que seule l'autorité administrative a le droit de procéder à la délimitation du domaine public et à venir ensuite prétendre que l'autorité judiciaire peut « vérifier si le terrain litigieux a cessé, par le mouvement naturel des eaux, d'être susceptible de propriété privée » ? Faire cette vérification, n'est-ce point forcément refaire la délimitation ?

Et, comme si cette contradiction ne suffisait pas à

démontrer la fausseté de sa doctrine, le Tribunal des conflits, suivant en cela la Cour de cassation, après avoir reconnu à l'autorité judiciaire le droit de refaire la délimitation, y ajoute celui « de régler, s'il y a lieu, une indemnité de dépossession dans le cas où l'administration maintiendrait une délimitation contraire à sa décision. » (1).

Peut-on faire moins de cas du principe de la séparation des pouvoirs ? Car enfin, si, d'après ce principe, l'autorité judiciaire ne peut connaître des actes de souveraineté faits par l'administration, elle peut encore bien moins lui donner des ordres. Et que fait-elle donc lorsqu'elle la met en demeure de payer une indemnité ou d'annuler l'acte qu'elle a fait et qu'elle avait le droit de faire ?

L'approbation d'une telle théorie par le Tribunal des conflits ne serait-elle point l'effet de cette courtoisie dont s'inspirent, paraît-il, les membres de ce Tribunal dans leurs discussions et jusque dans leurs votes (2).

Et qu'on ne vienne pas prétendre que, si l'autorité judiciaire est liée par l'acte administratif, c'est « en ce sens qu'elle n'en peut paralyser ou empêcher l'exécution au détriment du service ou de l'intérêt public », mais non « alors qu'il ne s'agit pour elle que de décider si

1. Voir les motifs de la décision précitée du Trib. conf., 11 janvier 1873.

2. Voir René Worms, « La juridiction du Conseil d'Etat et ses tendances actuelles », « Rev. génér. d'adm. », 1907, II, p. 130.

cet acte renferme un empiètement sur la propriété privée et de tirer de cette décision les conséquences qui n'empêchent ni ne paralysent son exécution » (1); ce raisonnement n'a pour nous de juridique que l'aspect, c'est celui d'un avocat qui, se sentant battu, veut montrer au client qui l'écoute, que son esprit est plein de ressources et qu'il ne saurait lui imputer la perte de son procès, car pour nous, quand un acte inattaquable reconnaît à quelqu'un un droit de propriété et que l'exécution de cet acte ne consiste en somme qu'à jouir de ce droit dans toute son étendue, nous estimerons toujours que c'est en empêcher l'exécution que de venir dire à cette personne : renoncez à ce droit ou payez une indemnité. Le contraire nous paraît être une plaisanterie, si ce n'est pas une absurdité.

Le Conseil d'Etat ayant lui aussi fait un retour en arrière (2), nos deux hautes juridictions se sont donc trouvées d'accord pour sanctionner une doctrine aussi contraire à la plus élémentaire logique (3).

Nous avons vu, au cours de ce chapitre, ce qu'il fallait penser de ce prétendu principe posé par la Cour de cassation que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété et des droits individuels. Espérons que la

1. Voir la note 1 de la page précédente.

2. C. d'Et., 11 mars 1887, Vve Astier.

3. Sur la question de savoir si la loi du 8 avril 1898 a adopté cette doctrine, voir Bouvier, « Rev. crit. », 1899, p. 46 et 86, Sanlaville, « Rev. gén. d'adm. », 1899, III, 385, — et en sens contraire, Berthélemy, *eod. loc.*, I, 385.

Cour de cassation finira par renoncer à un principe qu'aucune disposition légale ne justifie et dont l'application peut aboutir, nous venons de le démontrer, aux plus regrettables erreurs. N'y renoncerait-elle pas d'ailleurs qu'elle rendrait plus difficile encore, et cette fois sans raison, la solution du problème de compétence soulevé par la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat que nous allons examiner dans le chapitre suivant.

CHAPITRE III

De l'extension de la compétence administrative à tous les litiges qui peuvent s'élever dans l'exécution des services publics

S'il est une théorie qui a longtemps dominé le droit administratif, c'est bien celle qui distingue les actes de l'administration en deux catégories suivant qu'ils ont pour but d'édicter des prescriptions générales ou individuelles ou seulement d'assurer, par les moyens ordinaires, le fonctionnement des services publics. Les premiers sont dits actes de puissance publique, les autres actes de gestion.

Aussi a-t-on pendant longtemps interprété le principe de la séparation des pouvoirs en ce sens que seuls les actes de puissance publique étaient de la compétence des tribunaux administratifs puisque seuls ils étaient une manifestation de ce pouvoir d'autorité de l'administration qu'on voulait rendre intangible, les actes de gestion restant de la compétence judiciaire comme

n'étant qu'une application des règles du droit commun.

Mais le Conseil d'Etat a abandonné peu à peu cette distinction et il semble bien aujourd'hui vouloir la renier formellement.

Nous allons étudier l'évolution de sa jurisprudence sur ce point en examinant les controverses auxquelles a donné lieu la question de savoir qui est compétent pour connaître des actions en responsabilité intentées contre les personnes morales administratives à raison des fautes de leurs agents.

Mais cette évolution ne s'étant pas faite toujours parallèlement et de la même façon, les principes mis en cause ayant différé suivant la nature des différentes personnes morales, nous examinerons distinctement la responsabilité de l'Etat, puis celle des communes et autres personnes morales administratives.

§ 1^{er}. — *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*

On dit souvent que l'autorité administrative est seule compétente pour déclarer l'Etat débiteur. Ce principe en effet se trouve formulé dans des lois de l'époque révolutionnaire (1), mais on est loin d'être d'accord sur sa portée.

1. L. 17 juillet-8 août 1790, l. 26 sept. 1793. Il a été reproduit d'ailleurs depuis voir sur l'ensemble de cette question, Berthélemy, *op. cit.*, p. 518 et suiv.

Sans pouvoir entrer ici dans l'examen de cette question, nous dirons que pendant longtemps le Conseil d'Etat a appliqué ce principe au cas qui nous occupe, comme si l'autorité judiciaire ne pouvait jamais mettre une dette au compte de l'État, quelle que soit d'ailleurs la nature du fait qui ait motivé cette dette (1).

La Cour de cassation, au contraire, ne voyait réglée dans ces lois qu'une question de liquidation, opération administrative indépendante de la reconnaissance même de la dette. Aussi estimait-elle que l'autorité judiciaire était compétente, et seule compétente, pour connaître des actions en responsabilité intentées contre l'Etat (2).

Et, en effet, dès que les tribunaux civils ne se trouvent plus en face d'un acte de puissance publique ou encore d'un acte de gestion dont la connaissance leur a été formellement enlevée par le législateur, ils doivent se déclarer compétents car, en somme, ce sont eux les tribunaux de droit commun et c'est à eux, sauf dans les deux cas que nous venons de citer, qu'il appartient de connaître de tous les litiges, que l'Etat soit ou non partie au procès.

D'ailleurs la responsabilité de l'Etat, comme celle

1. C. d'Et., 26 août 1835. Clament-Zuntz ; — 9 fév. 1847, Legat ; — 20 août 1847, Beauzement ; — 1^{er} juin 1861, Baudry ; — 6 août 1861, Dekeister ; — 22 nov. 1867, Ruault.

2. Cass., 30 janv. 1843, S. 43. 1. 353 ; — 1^{er} avril 1845, S. 45. 1. 363 ; — 22 nov. 1848, S. 48. 1. 700 ; — 12 janv. 1849, S. 49. 1. 43 ; — 19 déc. 1854, S. 55. 1. 265. Voir pourtant en sens contraire : 3 juin 1840, S. 40. 1. 624.

des particuliers, ne repose-t-elle point sur l'article 1384 du Code civil ? Comment n'admettrait-on point alors que l'autorité judiciaire fût seule compétente pour tirer les conséquences légales de cette responsabilité, à l'égard de l'État comme à l'égard des particuliers ? Ces divers points sont nettement exposés dans l'un des arrêts de la Cour de cassation que nous avons cités :

« Attendu, dit cet arrêt (1), que les tribunaux civils sont compétents pour statuer sur toutes demandes en réparation de dommages causés par le fait d'autrui, par sa négligence, son imprudence, ou l'inobservation des règlements ; que cette compétence est générale, et qu'elle ne saurait être modifiée parce que les faits de négligence ou d'imprudence constitueraient en même temps des infractions, de la part des employés des administrations publiques, aux règlements de ces administrations, alors surtout que ces règlements ne sont pas contestés ; qu'en effet, même à l'égard de ces employés, l'action exercée contre eux a son principe dans le droit commun et qu'elle doit être jugée par les principes de ce droit ; qu'elle n'est que l'application, en ce qui les concerne, non seulement des principes du droit commun, mais encore des règles qui leur sont particulières, et qu'en les appliquant ces tribunaux n'empiètent pas sur l'exercice des pouvoirs dont elles émanent ; que si, cette action, par sa nature, réagit contre l'administration

1. Arrêt du 19 déc. 1854 ; v. la note précédente.

elle-même et peut amener des condamnations envers elle, comme responsable du fait de ses agents, cette responsabilité n'est aussi que la conséquence du droit commun ; que les administrations publiques, comme représentant l'Etat, ne sont pas à l'abri des poursuites judiciaires qui ont pour objet de faire établir et déclarer cette responsabilité et de faire reconnaître les conséquences légales qui en découlent ; que, s'il est vrai que les condamnations à prononcer contre elles ne puissent recevoir leur exécution que de la manière et dans les cas déterminés par la loi, il n'en est pas moins vrai qu'il appartient aux tribunaux, dans les matières du droit commun, de les prononcer et d'en fixer le montant. »

La Cour de cassation faisait bien quelque réserve pour le cas où les règlements administratifs violés par l'agent poursuivi auraient été contestés, mais comment ne voyait-elle point qu'en somme elle se rapprochait ainsi de la jurisprudence du Tribunal des conflits qui, sans se prononcer sur la question de savoir si la compétence administrative devait être reconnue parce que l'action intentée contre l'administration tendait à constituer l'Etat débiteur, se décidait pour cette compétence uniquement par ce motif que la connaissance d'une telle action, lorsqu'il y avait lieu de rechercher si le dommage causé était dû ou n'était pas dû à une faute ou à une négligence imputable aux agents de l'Etat dans l'emploi auquel ils étaient préposés, impliquait l'interprétation

des règlements de l'administration relatifs à cet emploi (1). N'était-ce pas dire d'une autre manière que ces règlements étaient contestés ?

Le Conseil d'Etat adoptait bientôt les nouveaux motifs invoqués par le Tribunal des conflits et, allant même plus loin que lui, contestait l'application de l'article 1384 aux rapports de l'Etat et de ses agents :

« Considérant, disait-il, que c'est à l'administration seule qu'il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours ; qu'il lui appartient de déterminer les rapports qui s'établissent à l'occasion de ces services entre l'Etat, les nombreux agents qui opèrent en leur nom et les particuliers qui profitent de ces services, et dès lors de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et des obligations réciproques qui en doivent naître ; que ces rapports, ces droits et ces obligations ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil et comme ils le sont de particulier à particulier ; que notamment, en ce qui touche la responsabilité en cas de faute, de négligence ou d'erreur commises par un agent de l'administration, cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service ; que, dès lors, l'administration

1. Trib. conf., 20 mai 1850, Manoury ; — 28 nov. 1850, Leclerc ; — 7 avril 1851, Cailliau.

seule peut en apprécier les conditions et la mesure (1). »

Et il ajoutait, il est vrai : « Considérant, d'autre part, que c'est à l'autorité administrative qu'il appartient (à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par des lois spéciales), de statuer sur les demandes qui tendent à constituer l'Etat débiteur. »

Mais ce motif devait disparaître complètement de ses arrêts dès que le Tribunal des conflits eût sanctionné cette nouvelle jurisprudence (2).

Le Conseil d'Etat avait-il vraiment besoin de contester que les principes généraux du droit civil fussent applicables à la responsabilité de l'Etat.

« La corrélation qu'on prétend établir, dit M. Teissier (3), entre l'application intégrale à l'Etat des articles 1382 et suivants du Code civil et la compétence judiciaire n'est nullement nécessaire. Les tribunaux administratifs appliquent tous les jours les articles du Code civil relatifs aux obligations contractuelles et quasi-contractuelles, et on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas appliquer les articles de ce même Code relatifs aux obligations nées de délits et de quasi-délits si par ailleurs le principe de la séparation des pouvoirs impose que l'appréciation des fautes de l'administration et de

1. C. d'Et., 6 déc. 1855, Rothschild.

2. Trib. conf., 8 fév. 1873, Blanco.S. 73. 2. 153.

3. Teissier, « De la responsabilité de la puissance publique », n° 51, « Répert. de dr. adm. Béquet », p. 118.

ses agents soit attribuée à la seule juridiction administrative (1)...

Les règles de compétence sont, en effet, absolument indépendantes des règles de fond sur l'étendue et la nature de la responsabilité. »

Et, du moment que l'on reconnaît que « les articles 1382 et suivants ne sont pas de ces dispositions arbitraires de la loi écrite qui n'existent que par la seule volonté du législateur, que ce sont des conséquences directes et nécessaires du principe supérieur d'équité qui domine tout le droit, qui est la base, on peut le dire, de toute société organisée, et en vertu duquel tout dommage causé oblige son auteur à le réparer (2) », c'est véritablement jouer sur les mots que de rechercher si la responsabilité de l'Etat est basée sur ce « principe supérieur d'équité » ou sur les articles 1382 et suivants qui n'en sont que les « conséquences directes et nécessaires. »

Il faut bien se rendre compte que ce n'est pas la nature du droit invoqué qui fixe la compétence, mais bien la nature des actes qui ont porté atteinte à ce droit.

Et c'est bien là l'idée qui inspirait le commissaire du gouvernement lors de l'arrêt Blanco quand, après avoir nié que les principes du Code civil pussent s'appliquer à la responsabilité de l'Etat, il éprouvait le besoin de

1. Voir de même Michoud, « De la responsabilité de l'Etat » « Revue du dr. publ. et de la science polit. », 1895, IV, n° 34, p. 28 et suiv.

2. Teissier, *op. cit.*, n° 52, *eod. loc.*

remonter jusqu'au principe de la séparation des pouvoirs et d'en rechercher la véritable portée :

« Cela, disait-il (1), en rappelant l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs » (2), cela ne signifie pas seulement que les juges devront s'abstenir de décider par voie de dispositions générales et réglementaires, d'annuler ou de redresser les actes de l'autorité administrative, d'en critiquer la légalité. Cela veut dire aussi qu'ils sont radicalement incompétents pour connaître de toutes les demandes formées contre l'administration à raison des services publics, quel que soit leur objet, et alors même qu'elles tendraient non pas à faire annuler, réformer ou interpréter par l'autorité judiciaire les actes de l'administration, mais simplement à faire prononcer contre elle des condamnations pécuniaires en réparation des dommages causés par ses opérations » (3).

Ce n'était donc pas la prétention injustifiée et d'ailleurs inutile d'établir la responsabilité de l'Etat sur des principes spéciaux qui conduisait le Conseil d'Etat à maintenir sa compétence, mais bien plutôt la compréhension plus grande de jour en jour qu'il voulait

1. Conclusions présentées par M. David devant le Trib. conf., voir p. 72, n. 2.

2. Voir ci-dessus, p. 9.

3. C'est d'ailleurs ce que devait admettre le Tribunal des conflits : voir 15 mars 1902, Mascaras ; — 8 nov. 1902 Loquen ; — 15 avril 1905, Debref.

donner au principe de la séparation des pouvoirs et que le commissaire du gouvernement exposait très nettement dans ses conclusions.

« On aboutit ainsi, dit M. Teissier (1), à une conception analogue à celle qu'a élaborée de toutes pièces le Conseil d'Etat à propos des dommages causés par les travaux publics. Que ces dommages proviennent de l'établissement même d'un ouvrage, qu'ils résultent d'un vice de son plan, de sa mauvaise exécution, de son entretien défectueux, de sa démolition, de sa disparition, qu'ils aient été causés par des fautes de service des fonctionnaires ou des agents qui l'ont exécuté ou qui ont la charge de son fonctionnement et de sa conservation, c'est toujours le travail public qui est réputé les avoir causés et c'est la responsabilité du maître de l'ouvrage qui seule se trouve engagée.

Il en est de même pour les services autres que celui des travaux publics ; la personnalité du fonctionnaire se confond dans celle du service et c'est ainsi que l'on a pu dire... qu'en droit public la notion de faute et de quasi-délit ne se conçoit même pas. »

La Cour de cassation s'inclina devant cette nouvelle doctrine ; toutefois elle n'adopta pas tout d'abord les motifs invoqués en dernier lieu par le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ; elle se déclara incompétente pour statuer sur les actions en responsabilité

1. Teissier, *op. cit.*, n° 53, « Répert. Béquet », p. 119.

intentées contre l'Etat pour cette raison « qu'à l'autorité administrative seule il appartient de rechercher si l'administration ou ses agents ont agi dans la limite des instructions qu'ils ont reçues pour l'exécution de la loi (1) », ou plus simplement encore « parce que le dommage sur lequel se fonde le demandeur est imputé au fait des agents que l'Etat emploie dans un service public » (2).

Ce n'est qu'un arrêt du 26 décembre 1899 (3) qui nous semble avoir invoqué pour la première fois et bien inutilement, à notre sens, que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être appréciée d'après le droit commun :

« Attendu, dit cet arrêt, que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat, à raison d'un dommage causé à des particuliers par le fait d'un agent concourant à l'exécution d'un service public, n'est pas régie par les principes établis par le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ; qu'il suit de là que les tribunaux civils ne peuvent être régulièrement saisis de l'examen de cette responsabilité que dans le cas où la connaissance leur en a été expressément attribuée par une disposition légale. »

1. Cass., 30 déc. 1873, S. 74. 1. 66.

2. Cass., 19 nov. 1883, D. 84. 1. 246 ; — 17 mars 1884, D. 84. 1. 327 ; — 26 août 1884, S. 85. 1. 128 ; — 27 oct. 1897, S. 98. 1. 144.

3. Cass. 26 déc. 1899, S. 1900.1.504. *Id.* 3 juil. 1905, S. 1906. 1.41.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat s'étaient donc mis parfaitement d'accord pour attribuer à la juridiction administrative la connaissance des actions en responsabilité intentées contre l'Etat ; il ne devait pas en être de même, comme nous allons le voir, dès qu'une action en responsabilité était intentée non plus contre l'Etat, mais contre une commune ou toute autre personne morale administrative.

§ 2. — *De la responsabilité des communes
et des autres personnes morales administratives*

Le Conseil d'Etat n'a pas tout d'abord éteudu aux actions en responsabilité intentées contre les communes les règles de compétence que nous l'avons vu appliquer tout à l'heure aux actions intentées contre l'Etat.

Au contraire, il admettait que « les règles de compétence relatives à la responsabilité de l'Etat n'étaient pas applicables à celle des communes (1) », et on le vit quelque temps d'accord avec la Cour de cassation pour affirmer que les tribunaux judiciaires étaient seuls compétents pour tout ce qui concernait les actions en responsabilité intentées contre celles-ci.

« Cette différence de traitement entre l'Etat et les

1. Voir en ce sens C. d'Et., 23 nov. 1877, Cézard. Ce sont les propres termes employés par le Trib. conf., 7 mars 1874, Desmolles.

communes, disait M. Michoud (1), est chose très remarquable. Elle est conforme à une jurisprudence déjà ancienne et jusqu'ici assez peu discutée. Elle n'en est pas moins difficilement justiciable, et, à vrai dire, on n'a jamais bien sérieusement essayé de la justifier. Presque tous les arguments applicables à l'une de ces personnes morales sont applicables à l'autre, sous la réserve de cette différence de fait que, dans la vie de la commune, les actes de gestion du patrimoine privé tiennent une place proportionnellement beaucoup plus importante que dans la vie de l'Etat (2). Il est donc vraisemblable que la logique amènera peu à peu la jurisprudence à les soumettre aux mêmes règles. »

Cette différence de traitement s'explique toutefois par l'idée qu'on s'est longtemps faite sur la nature de l'autorité municipale.

« L'Assemblée constituante, dit M. Michoud (3), considérait l'autorité municipale comme un pouvoir privé tout à fait distinct, par sa nature, des pouvoirs publics. La commune, dans cette conception, était une sorte de famille agrandie, une société particulière gérant les intérêts communs de ses membres que l'on n'élevait pas au rang de véritables intérêts publics. »

1. Note sous plusieurs arrêts de Cour d'appel, S. 97. 2. 257, 2^e col.

2 Le droit commun, en effet, d'accord entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, est applicable à l'Etat dans l'hypothèse exceptionnelle où l'action est basée sur une faute commise dans la gestion de son domaine privé.

3. Même note, 6^e col.

Mais cette conception a disparu très rapidement.

« Quand, en effet, dit M. Teissier (1), après la courte tentative des municipalités de canton imaginées par la Constitution de l'an III, la loi du 28 pluviôse an VIII vint réorganiser les diverses administrations de la France, la commune rétablie apparut de suite tout à la fois comme une division territoriale bien définie et comme un organisme administratif nettement caractérisé chargé par l'Etat d'assurer dans les limites de sa circonscription le fonctionnement de certains services d'intérêt général ou collectif et investi, pour ce faire, d'une délégation de la puissance publique. La gestion du patrimoine commun n'est plus dorénavant qu'une mission accessoire, en quelque sorte, parmi celles qui lui sont dévolues, et toutes les lois qui, depuis l'an VIII, ont augmenté les attributions des conseils municipaux et des maires ont accentué chaque jour davantage ce caractère des communes qui sont devenues un des rouages les plus essentiels et les plus importants de l'administration du pays. »

« Dès lors, dit encore M. Michoud (2), la commune n'est plus une simple association privée, mais, dans toute la force du terme, une personne morale de droit public ayant des droits de commandement moins étendus, mais de même nature que ceux de l'Etat ; l'autorité administrative proprement dite est répartie entre

1. Teissier, *op. cit.*, n° 88, « Répert. Béquet », p. 153.

2. Même note, même col.

elle et l'Etat, et les services qu'elle gère sont de véritables services publics. »

« La municipalité, dit-il autre part (1), fait donc partie de ces administrateurs dont les actes sont protégés contre l'immixtion des tribunaux judiciaires par le principe de la séparation des pouvoirs; ce principe est unique, il est le même vis-à-vis du pouvoir central que vis-à-vis du pouvoir municipal. Il s'ensuit tout d'abord que, si les tribunaux judiciaires ne peuvent apprécier les fautes commises par les agents de l'Etat dans la gestion des services généraux, ils ne doivent pas non plus (à moins de texte en sens contraire), apprécier les fautes commises par les agents de la commune dans la gestion des services municipaux. Il doit donc, sauf texte contraire, y avoir identité entre l'Etat et la commune au point de vue de la compétence. »

C'était d'ailleurs la théorie enseignée par M. Laferrière (2) et le Conseil d'Etat devait peu à peu s'avancer dans cette nouvelle voie que lui frayait la doctrine.

Cette évolution de sa jurisprudence devait se manifester tout d'abord à propos des actions en indemnité intentées contre les communes par des agents révoqués.

1. Michoud, « De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents », « Rev. du dr. publ. et de la science polit. », 1897, p. 41.

2. Laferrière, *op. cit.*, 2^e édit., t. I, p. 686.

Le Tribunal des conflits ayant déclaré (1) que la juridiction administrative était seule compétente pour connaître de telles actions parce qu'un acte de révocation était « un acte rentrant dans les attributions administratives du maire et dont l'appréciation ne saurait appartenir aux tribunaux civils », la Cour de cassation avait admis aussitôt la même solution basée sur les mêmes motifs (2).

Le Conseil d'Etat de devait pas perdre une aussi bonne occasion d'étendre sa compétence. C'est ce qu'il fit dans un arrêt du 13 décembre 1889, Cadot (3). Et ce devait être pour lui désormais un point définitivement acquis (4).

Remarquons toutefois que la compétence administrative était basée sur ce fait que ces actes de révocation d'un emploi, comme ceux de nomination à cet emploi, étaient des actes de puissance publique et qu'aucune convention n'était intervenue entre les parties.

« Il n'est pas nécessaire, en effet, disait le commissaire du gouvernement dans l'arrêt Cadot, pour qu'un acte conférant un emploi ou une fonction ait le caractère d'un acte de puissance publique qu'il délègue

1. Trib. conf., 27 déc. 1879, Guidet.

2. Cass., 7 juil. 1880, S. 80.1.464.

3. Voir de même C. d'Et., 28 mars 1890, Drancey ; — 9 juin 1899, Bergeron ; — 29 mai 1903, Villenave ; et les autres arrêts cités par Berthélemy, *op. cit.*, p. 60, n. 1, et par Teissier, *op. cit.*, n° 95, note, Rép. Béquet, p. 136.

4. V. Trib. conf., 4 juil. 1896, Bergeon.

cette puissance à l'employé, il suffit qu'il l'exerce. Or, le préfet qui nomme à des emplois départementaux, le maire qui nomme à des emplois communaux, font acte d'autorité hiérarchique et non de contractants. Ils exercent des pouvoirs qu'ils tiennent des lois, à l'égard des employés comme des fonctionnaires, soit qu'ils les nomment, soit qu'ils les révoquent » (1).

Ces motifs devaient conduire le Conseil d'Etat à se déclarer compétent chaque fois que l'action en responsabilité intentée contre une commune mettrait en cause un acte présentant les caractères des actes de puissance publique (2).

Mais ces motifs devaient disparaître eux-mêmes pour se fondre dans cette théorie plus générale qui, nous l'avons vu, donne au principe de la séparation des pouvoirs une compréhension beaucoup plus large pouvant englober tout ce qui touche à l'exécution des services publics. Et le Conseil d'Etat nous paraît avoir incliné quelque peu vers l'adoption de cette théorie dans un arrêt du 6 février 1903, Terrier.

M. le Commissaire du gouvernement, Romieu reprenait, à propos de cet arrêt, les considérations que nous avons déjà vu développées tout à l'heure par d'autres auteurs en faveur de l'extension aux autres personnes morales administratives des règles de compétence appliquées à l'Etat.

1. V. aussi les motifs de l'arrêt.

2. C. d'Etat, 20 mai 1892, V^{te} Grandjean; — 13 janv. 1893, Cazaux; — 21 déc. 1900, Maucci; — 31 janv. 1902, Grosson.

« Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, disait-il, du moment où l'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes du droit civil qui régissent les intérêts privés ; elle a, au contraire, par elle-même, un caractère public ; elle constitue une branche de l'administration publique en général et, à ce titre, doit appartenir au contentieux administratif ».

Et, analysant les arrêts que nous venons d'étudier, il croyait pouvoir dégager de leur ensemble une doctrine qu'il proposait de formuler ainsi :

« Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux, locaux — soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité — constitue une opération administrative qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative, au point de vue des litiges de toute sorte auxquels elle peut donner lieu » ; ou encore sous une autre forme : « Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers, ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public, sont de la compétence administrative et relèvent, à défaut d'un texte spécial, du Conseil d'Etat, juge de droit commun du contentieux de l'administration publique, générale ou locale ».

« L'on arriverait ainsi, ajoutait-il, à assimiler le contentieux départemental et communal au contentieux d'Etat et à unifier, par une interprétation plus large du principe de la séparation des pouvoirs, les règles de compétence pour la gestion des intérêts collectifs par les personnes publiques de toute nature ; vos décisions sur les rapports des communes avec leurs agents et sur les litiges intercommunaux ou interdépartementaux (1) ne formeraient plus, dès lors, qu'un cas particulier — le plus important d'ailleurs — de ce contentieux administratif local. »

On ne peut certainement pas conclure de ce seul arrêt que le Conseil d'Etat ait adopté pleinement la doctrine soutenue par M. Romieu (2), mais on peut y découvrir la trace évidente d'une évolution qui ne tend rien moins qu'à y aboutir.

Ce qu'il y a de plus grave dans cette doctrine, c'est la prétention d'étendre la compétence administrative même aux simples conventions dès que ces conventions sont faites en vue d'assurer l'exécution des services publics.

La Cour de cassation devait-elle céder sur la question des actions en responsabilité intentées contre les

1. Le Conseil d'Etat s'était en effet déclaré aussi compétent pour statuer sur ces litiges : v. les arrêts cités par M. Romieu sur ce point.

2. On peut trouver des solutions discordantes : voir C. d'Etat, 1^{er} juin 1900, Moreau ; — 11 mai 1901, Casadavent. De même Trib. conf., 16 nov. 1901, Moreau ; — 8 nov. 1902, Com. de Villeneuve-lès-Charnod.

communes comme elle avait cédé sur celles intentées contre l'État ? Loin de là. Si elle a reconnu la compétence administrative lorsqu'il s'agissait de litiges entre les communes et leurs agents, il semble que ce fût là sa dernière concession et qu'elle n'entendit pas renoncer autrement à sa compétence.

Pourtant, après avoir proclamé que les règles relatives à la responsabilité de l'État n'étaient pas applicables à celles des communes, que l'article 1384 du Code civil s'appliquait aux rapports des communes et de leurs agents, et qu'il n'y avait pas lieu de distinguer, pour son application, suivant la nature des actes faits ou des fautes commises par ces agents (1), on la voyait bientôt après se déclarer incompétente pour cette raison que le fait sur lequel était basé l'action en responsabilité ne constituait qu'un acte administratif dont l'appréciation échappait à la juridiction civile (2).

On pourrait croire trouver là l'origine d'une distinction bien nette entre les actes de puissance publique et les actes de gestion, ceux-ci seulement appartenant à la juridiction civile, les autres étant par leur nature de la compétence de la juridiction administrative. Et

1. Cass., 23 juin 1897. S. 98. 1. 230. Voir aussi 16 mars 1881. S. 81. 1. 260 ; — 10 juin 1884. S. 85. 1. 165 ; — 3 nov. 1885. S. 86. 1. 249 ; 16 avril 1894. S. 95. 1. 273 ; — 17 déc. 1895, S. 97. 1. 492.

2. Cass., 19 oct. 1898. S. 99. 1. 341.

cette distinction se trouve d'ailleurs formulée très clairement dans de nombreux arrêts postérieurs (1).

Mais, si l'on rapproche ces arrêts entre eux et d'un autre du 2 mai 1906 (2), on se rend très bien compte que ce n'est pas cette distinction très rationnelle qui a toujours inspiré la Cour de cassation, mais une autre beaucoup moins logique et très critiquable entre les actes faits par le maire et ceux faits par les agents communaux.

Comment justifier, en effet, cette dernière distinction ? Si l'on estime que le principe de la séparation des pouvoirs a eu pour but d'empêcher l'autorité judiciaire de se constituer juge des actes d'autorité de l'administration, il n'y a aucune bonne raison pour ne plus l'appliquer lorsque ces actes sont faits par de simples agents communaux.

On peut « reconnaître sans difficulté qu'il y a entre les actes des maires et ceux de la plupart des agents locaux une différence de nature très réelle (3)..., que la plupart des actes faits par ces agents présentent avec ceux que les tribunaux ordinaires ont chaque jour la mission d'apprécier des analogies très grandes qui ne se rencontrent pas dans les actes d'autorité... Pourtant ces différences s'atténuent dans certains cas » ; et c'est bien ce qui se produit dans les espèces qui ont donné

1. Cass., 3 avril 1905. S. 1906. 1. 353 ; — 23 mai 1905 et 15 janv. 1906. S. 1907. 1. 81.

2. Cass., 2 mai 1906. S. 1907. 1. 129.

3. Note de M. Appert sous Cass., 2 mai 1906, précité.

lieu aux arrêts que nous examinons puisqu'il s'agit d'actes faits par des agents de police. « Un agent de police (1) fait encore des actes d'autorité, ou du moins des actes qui n'ont pas leurs analogues dans la vie privée... Il est certain que le tribunal peut entendre, autrement que l'autorité, la pratique des devoirs de l'agent de police, et, dans ce cas, entraver l'action administrative. Imposer aux agents une certaine manière de faire, sous peine de dommages-intérêts, n'est-ce pas s'ingérer dans l'administration contrairement aux intentions de l'Assemblée Nationale. »

Les termes employés par la Cour de cassation se contredisent d'ailleurs formellement et tout porte à croire qu'elle ne persévérera pas dans une pareille voie. Mais il semble bien qu'elle s'en tiendra à son autre distinction entre les actes de puissance publique et les actes de gestion sans jamais se déclarer incompétente pour ces derniers.

En somme, nous avons vu, au cours de cette première partie de notre étude, qu'en dehors des arguments d'espèce présentés à propos des diverses catégories de litiges que nous avons examinées, on pouvait déduire les solutions différentes que leur avait données le Conseil d'Etat et la Cour de cassation d'une idée plus générale qui n'était pas la même pour les deux juridic-

1. Voir la note précédente.

tions. Toute la difficulté provient de ce fait qu'elles n'interprètent pas de la même façon le principe de la séparation des pouvoirs.

Nous avons eu l'occasion de dire aussi que l'interprétation de la Cour de cassation nous paraissait plus juridique et que le Conseil d'Etat nous semblait sur ce point avoir fait œuvre de créateur. Il nous reste à rechercher ce qu'il faut penser de cette œuvre.

Nous laisserons de côté l'argument maintenant vieilli d'après lequel les tribunaux administratifs seraient suspects de partialité, mais il en est un autre qui présente une réelle valeur.

Le droit public constitue aujourd'hui une partie nettement distincte dans l'ensemble de la science juridique. Il a ses principes à lui qui diffèrent souvent de ceux qui régissent le droit privé. Et cela, même lorsque l'administration ne procède qu'à des actes de gestion.

En effet, les services publics, même locaux, ont pris une importance considérable ; ils donnent lieu à une réglementation très intense ; les actes de gestion faits pour assurer leur fonctionnement s'inspirent de cette réglementation, de sorte qu'en somme on peut toujours dire que cette réglementation est en cause dans les litiges que ces actes soulèvent. Les domaines de la police et de la gestion sont-ils d'ailleurs si nettement distincts ? Quoi qu'il en soit et quoi qu'on fasse, on ne pourra jamais solutionner ces litiges sans toucher à des questions administratives et les tribunaux judiciaires

semblent bien inhabiles à le faire. Habitues à régler des rapports de droit privé, pourront-ils, lorsque des personnes administratives seront en cause, modifier leur tournure d'esprit pour tenir compte des circonstances spéciales au milieu desquelles ces rapports se sont établis ? Et c'est justement là l'intérêt qu'il y a à soutenir que ces rapports ne sont pas régis par le droit commun car c'est en enlever ainsi du même coup la connaissance aux tribunaux judiciaires (1).

Il est pourtant une objection sérieuse à cette extension de la compétence administrative que formule M. Berthélemy à propos des actions en responsabilité intentées contre les communes.

Il y a, dit-il (2), « impossibilité matérielle... de transférer à l'unique Conseil d'Etat les innombrables réclamations contre les communes ». Et puis, même sans cela, « le Conseil d'Etat est unique, il est bien haut et bien loin. Combien n'entreprendront pas d'obtenir de lui des indemnités qu'ils réclameraient, sans aucun doute, s'il suffisait de s'adresser au tribunal civil ».

Les justiciables auront une justice plus sûre, seulement des inconvénients pratiques de tous genres les pousseront à ne pas faire valoir leurs droits, et c'est en somme la justice qui en souffrira.

Mais alors il y aurait peut-être un remède, c'est, à

1. Voir les développements consacrés à cette question par Jèze, « Les principes généraux du droit administratif », p. 149 et suiv.

2. Berthélemy, *op. cit.*, p. 84, note.

supposer que la jurisprudence réalise pleinement l'unité de compétence en faveur du Conseil d'Etat, que la loi intervint elle-même pour établir la compétence des tribunaux judiciaires pour toute une catégorie d'affaires qui, quoiqu'administratives, se présentent dans les mêmes conditions que les affaires ordinaires.

DEUXIÈME PARTIE

Comment la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat entendent régler les rapports de l'Administration avec ses agents ou avec les tiers

L'administration, en remplissant la fonction qui lui est dévolue, se trouve constamment en rapport, soit avec les nombreux agents qu'elle emploie, soit avec tous autres tiers. Comment sont réglés ces rapports ! La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont eu souvent à se prononcer sur cette question et souvent aussi l'ont fait en sens contraire. Ce sont leurs divergences de doctrine sur ce point que nous allons maintenant examiner, et nous essaierons encore ici de dégager de leurs arrêts quelque idée générale qui résume leur jurisprudence et en fasse saisir la direction future.

Nous distinguerons, pour mettre quelque méthode dans notre exposé, suivant que les actions intentées contre l'administration se basent sur la méconnaissance de droits de propriété ou de droits individuels ou sur la méconnaissance d'obligations contractuelles ou légales.

CHAPITRE PREMIER

Le respect de la propriété et des droits individuels

Nous avons déjà eu l'occasion, à propos des questions de compétence, de voir comment le Conseil d'Etat et la Cour de cassation concevaient le droit de propriété vis-à-vis de l'administration. Les questions de compétence et de fond sont, en effet, nous le savons, intimement liées et il n'est pas toujours facile de les examiner séparément.

La Cour de cassation a longtemps considéré que toute atteinte portée à l'exercice du droit de propriété constituait une expropriation, tandis que le Conseil d'Etat, plus justement, ne voulait voir d'expropriation que là où il y avait dépossession complète du propriétaire au profit de l'administration. L'accord, nous l'avons vu, s'est peu à peu établi sur ce point entre les deux juridictions.

Mais quand y a-t-il dépossession ? C'est une autre question qui a donné lieu, elle aussi, à des controverses.

Elle en fait prévoir une autre plus générale et qui peut se formuler ainsi : quelle est l'étendue des pouvoirs que possède l'administration lorsqu'elle veut imposer certaines obligations à des propriétaires, et plus généralement encore, lorsqu'elle veut restreindre de quelque façon la liberté d'action des individus ?

Nous examinerons successivement, au cours de ce chapitre, les trois points suivants : les entraves apportées à l'exploitation d'une mine, les pouvoirs de l'autorité municipale en matière de salubrité et l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative.

§ 1^{er}. — *Des entraves apportées à l'exploitation
d'une mine*

Il arrive que l'administration, après avoir accordé la concession d'une mine, interdit, par suite de l'établissement d'une ligne de chemin de fer à la surface, l'exploitation de cette mine dans la partie située au-dessous de cette ligne. Et les arrêtés d'interdiction portent ordinairement qu'il en sera ainsi jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné. Y a-t-il là pour le concessionnaire un simple dommage permanent dont l'appréciation appartiendra au conseil de préfecture — car c'est encore la question de compétence qui domine cette discussion — ou au contraire une véritable expropriation pour laquelle il devra recevoir une indemnité *ad hoc*, laquelle d'ailleurs sera fixée par l'autorité judiciaire.

Le Conseil d'Etat a incliné pour le premier système. Serait-ce parce qu'il estimait que, loin de constituer une expropriation, cette interdiction n'était qu'une manifestation légale des pouvoirs de l'administration vis-à-vis des concessionnaires de mines.

La propriété de la mine, avait dit un jurisconsulte (1), ne peut être placée « sur la même ligne que la propriété de la surface : celle-ci conserve sa liberté, la mine doit le support à toutes les édifications qui se font sur le sol ; c'est une condition de la concession, elle ne peut donc se plaindre alors même que, par suite, cette concession se trouverait moins avantageuse ». De plus il n'y a à son égard aucune « diminution des droits qui appartiennent à l'Etat, à titre de souveraineté, pour tout ce qui regarde la police, la sûreté, l'administration de la surface, et l'intérêt général du pays » et ces droits de l'Etat peuvent aller jusqu'à supprimer temporairement une partie de la concession.

Mais le Conseil d'Etat n'a jamais admis cette théorie et son commissaire du gouvernement, dans un arrêt de 1864 (2), tout en reconnaissant que le concessionnaire de la mine, obligé de ne pas compromettre la sûreté des habitations de la surface, peut subir un préjudice sans avoir droit à indemnité, conformément à l'article 50 de

1. Voir conclusions du procureur général Dupin dans Cass., 3 mars 1841, S. 41. I. 259.

2. Conclusions présentées par M. Robert au C. d'Etat, 15 juin 1864, Mines de Combes.

la loi du 21 avril 1810, montrait très bien que cet article ne peut plus s'appliquer si, la concession ayant eu lieu sans « aucune réserve relative à l'établissement d'un chemin de fer ou de tout autre ouvrage public sur le périmètre concédé, l'Etat vient à projeter un tel ouvrage, à exproprier les propriétaires à la surface, à se substituer à eux, à charger la surface du poids énorme d'un grand édifice, à y créer une voie de fer, et que, pour la conservation de ces travaux extraordinaires, il faille immédiatement ou un peu plus tard frapper d'interdit une portion de la richesse minérale concédée ». Si le concessionnaire a pu s'engager à respecter des droits dont il connaît la nature, puisque ce sont ceux qui appartiennent à tous propriétaires, il n'a pu le faire pour des droits exorbitants du droit commun et dont on ne peut concevoir l'étendue.

Ce qui fait, pour le Conseil d'Etat, que cette interdiction d'exploiter « jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné » ne constitue qu'un simple dommage, c'est qu'elle n'enlève pas aux concessionnaires de la mine la propriété de l'espace auquel s'applique cette interdiction ; les concessionnaires ne sont pas dépossédés et ils pourraient continuer leur exploitation si cette interdiction venait à être levée, car, en somme, elle n'est que temporaire et rien ne dit qu'elle ne sera pas levée un jour.

« Considérant, dit-il, que le préfet, dans son déclinaire et dans son arrêté de conflit, a soutenu, au nom

de l'administration, que celle-ci, en interdisant, dans un intérêt de sûreté publique, l'exploitation de la partie des mines de Combes dont il s'agit, n'a pas entendu prononcer cette interdiction d'une manière absolue et définitive (1). »

La Cour de cassation voit, au contraire, dans cette interdiction d'exploiter d'une durée indéterminée une véritable dépossession.

« Attendu, dit-elle (2), que cette propriété (des mines) est disponible et transmissible comme les autres immeubles, dont nul ne peut être exproprié, que dans le cas et selon les formes prescrites pour les autres propriétés, conformément au Code civil, c'est-à-dire sans indemnité ;

« Attendu que tout propriétaire a droit à cette indemnité, non seulement lorsqu'il est obligé de subir l'éviction entière de sa propriété, mais aussi lorsqu'il est privé de sa jouissance et de ses produits pour cause d'utilité publique ; que seulement dans ce cas l'indemnité n'est pas préalable ;

« Attendu que la concession d'une mine a pour objet l'exploitation de la matière minérale qu'elle renferme, que le concessionnaire auquel cette exploitation est interdite, pour un fait à lui étranger, dans une partie

1. C. d'Et., 11 mars 1861, Chemin de fer de Paris à Lyon. De même Trib. conf., 7 avril 1884, Coste et Clavel.

2. Cass., Chambres réunies, 3 mars 1841, précité. *Id.* même affaire, Ch. civ., 18 juill. 1837, S. 37.1.664.

du périmètre de la mine, pour un temps indéterminé, est privé des produits de sa propriété et éprouve une véritable éviction dont il doit être indemnisé ;

« Attendu qu'à la vérité l'article 50 de la loi du 21 avril 1810 confère à l'autorité administrative le droit de pourvoir, par des mesures de sûreté publique, à la conservation des puits, à la solidité des travaux de la concession et à la sûreté des habitations de la surface, mais que cette disposition n'altère en rien le droit de propriété du concessionnaire et ne lui impose pas l'obligation de subir la perte d'une partie de sa concession, à raison de la création d'un établissement nouveau sans cette juste indemnité ;

« Attendu que si, nonobstant la concession de la mine, les droits inhérents à la propriété de la surface restent entiers, conformément à l'article 544 du Code civil, il ne s'ensuit pas que le propriétaire de la surface ait le droit de pratiquer des travaux nuisibles à l'exploitation dans l'étendue de son périmètre. »

« Et, en effet, dit M. Sanlaville (1), bien que la concession de mine constitue une véritable propriété au profit du concessionnaire, cependant on reconnaît que le droit du concessionnaire ne s'étend pas à des usages absolument étrangers à la concession ; il est certain, en effet, que ce qui est concédé c'est uniquement la

1. Sanlaville. « De l'occupation définitive des propriétés privées par le fait de l'administration ou de ses ayants droit », « Rev.gén. d'adm. ». 1889, I, p. 167.

mine. Or si on interdit au concessionnaire l'exploitation de la mine, il se trouve radicalement privé de ce qui lui appartient, il ne peut jouir en aucune manière de sa propriété tant que dure l'interdiction.

Il ne s'agit donc pas d'un simple dommage qui suppose toujours que le propriétaire peut jouir encore, dans une partie si petite qu'elle soit, de sa propriété, qui constitue la détérioration de la chose qui reste dans le domaine du propriétaire, il s'agit d'une privation totale de la jouissance et de la possession de l'investissement, de la partie de la mine frappée d'interdiction, il s'agit donc d'une véritable dépossession de la concession, »

De plus l'administration a véritablement pris possession de cette partie de la mine : « Du moment (1) où l'on interdit l'exploitation de la mine de crainte de compromettre la solidité de la voie ferrée, c'est que l'on considère que l'investissement constitue la fondation nécessaire et indispensable de la voie qui ne pourrait subsister, dont on ne pourrait retirer l'usage auquel elle est affectée, si la mine était exploitée dans la partie interdite. Ainsi la partie interdite est la fondation même de la voie ferrée, elle devient une dépendance obligatoire de l'ouvrage public. »

Et l'on ne peut pas véritablement soutenir qu'il n'y a qu'une prise de possession purement temporaire quand

1. Sanlaville, *eod. loc.*, p. 168.

on n'est aucunement fixé sur sa durée. Le propriétaire ne peut que se placer au moment présent pour juger de l'atteinte portée à son droit.

« Le caractère définitif de l'occupation (1) doit résulter de cette circonstance que rien n'indique qu'elle doive cesser et que le propriétaire évincé ne puisse prévoir le terme de sa dépossession, terme qui dépendrait uniquement de la volonté de l'occupant ou de circonstances dont la disparition ne pourrait être prévue actuellement. On ne peut donc, en droit, faire de distinction entre l'occupation définitive et l'occupation indéfinie ou illimitée quant à sa durée. »

Cette question des entraves apportées à l'exploitation d'une mine n'est d'ailleurs qu'un cas particulier d'un problème plus général qui consiste à rechercher dans quels cas l'administration a, sans procéder à une expropriation régulière, supprimé à son profit certains droits réels appartenant à des tiers.

Le Conseil d'Etat a tendance à ne voir là que des dommages qui, le plus souvent, seront causés par l'exécution de travaux publics, tandis que la Cour de cassation y voit au contraire la privation complète de certains droits qui doit donner lieu à une indemnité analogue aux indemnités d'expropriation.

M. Sanlaville a posé les bases d'un système permettant de distinguer nettement les cas dans lesquels on

1. Sanlaville, *eod. loc.*, p. 170.

se trouve en face d'une véritable expropriation indirecte et dont nous l'avons vu faire l'application au cas qui nous occupe.

« Trois conditions principales, dit-il (1), sont nécessaires pour qu'il y ait occupation définitive des propriétés privées :

1° Il faut que le propriétaire soit dépossédé de son immeuble en totalité ou en partie ; s'il peut en jouir encore dans la partie atteinte par les travaux, il ne s'agit que d'un simple dommage, temporaire ou permanent ;

2° Il faut que l'administration ou ses ayants droit prennent possession de l'immeuble, qu'il y ait occupation de fait ;

3° Enfin, cette occupation doit avoir un caractère définitif. »

Quant à savoir si l'administration a le droit de réaliser une expropriation de ce genre, c'est une question que nous avons déjà discutée à propos de la délimitation du domaine public naturel et que nous avons résolue négativement. La difficulté grandit donc par ce fait que nous sommes ici dans une situation illégale et que la loi n'a point prévue.

1. Sanlaville, *eod. loc.*, p. 167.

§ 2. — *Des pouvoirs de l'autorité municipale en matière de salubrité.*

L'article 97 de la loi du 5 avril 1884 donne au maire le droit d'édicter les mesures qu'il juge nécessaires pour assurer la salubrité publique. Lorsque ces mesures viseront les immeubles, il est certain que les propriétaires les attaqueront aussitôt comme attentatoires à leurs droits.

Pourtant la jurisprudence a décidé de bonne heure que l'autorité municipale avait le droit d'enjoindre aux propriétaires d'avoir à réaliser un assainissement à l'intérieur de leurs immeubles, avec cette restriction toutefois qu'elle ne pouvait leur imposer un mode particulier d'exécution et qu'elle ne pouvait non plus modifier un état de choses reposant sur des droits acquis. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation semblaient d'accord sur ce point (1).

La question de l'application du système dit « tout-à-l'égout » à la Ville de Paris devait faire renaître les controverses et diviser les deux hautes juridictions.

La loi du 10 juillet 1894 avait rendu obligatoire à Paris l'adoption de ce système. Mais elle ne prévoyait point de sanction; on ne s'en était d'ailleurs pas préoc-

1. Cass., 25 juill. 1885, S. 88, 1. 88 ; — 18 juin 1887, S. 88, 1. 396 ; — 28 juill. 1893, S. 93, 1. 488 ; — 29 juill. 1898, S. 1900, 1. 157. — C. d'Et., 7 mai 1886, Beaujour ; — 25 mars 1887, Syndic. des propriétaires des bains de la Seine ; — 23 déc. 1892, Augier.

cupé lors de son vote car on estimait à cette époque que l'autorité municipale puisait dans ses pouvoirs le droit d'imposer aux propriétaires l'adoption du tout-à-l'égout ; si l'on avait fait intervenir le législateur, c'était afin d'autoriser la Ville à contracter certains emprunts et afin d'établir certaines redevances pour les propriétaires qui useraient de ce système.

Cette prétention était-elle justifiée ? C'est sur ce point que devait naître le désaccord entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

Sitôt le vote de la loi, et dans le but d'en assurer l'application immédiate, le préfet de la Seine, le 8 août suivant, prit un arrêté qui édictait toute une série de dispositions minutieuses touchant le nombre des cabinets et des tuyaux de chute, leur détail d'établissement, le mode d'évacuation des eaux et des matières. Ainsi il prescrivait qu'il y aurait par appartement, par logement ou par série de trois chambres louées séparément, un cabinet d'aisance au minimum, que les appareils seraient de systèmes déterminés d'avance ou soumis à une approbation préalable, qu'il ne pourrait être employé d'autres matériaux que ceux indiqués ou admis ultérieurement par l'administration, que les anciennes fosses, après avoir été désinfectées, seraient comblées.

La Chambre syndicale des propriétaires de Paris le déféra au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir :

La loi, disait-elle, n'a pas donné au préfet de la Seine le pouvoir de faire un règlement d'administra-

tion publique, et celui-ci ne peut puiser dans ses pouvoirs généraux de police le droit de porter atteinte à des droits de propriété.

De plus, si la loi, par une disposition formelle, est venue porter atteinte à ces droits, il faut interpréter strictement ses dispositions et l'arrêté du préfet doit encore être annulé comme aggravant singulièrement les obligations expressément imposées par la loi.

Le Conseil d'Etat admit en partie ces prétentions :

« Considérant, dit-il en effet (1), que le préfet de la Seine était incontestablement fondé à user dans l'intérêt de la salubrité publique des pouvoirs qu'il tient de la loi des 16-24 août 1790 et des décrets des 26 mars 1852 et 10 octobre 1859...

Mais considérant qu'il ne lui appartenait pas de suppléer, comme il l'a fait par l'arrêté attaqué, au silence de la loi du 10 juillet 1894 en édictant un véritable règlement d'administration publique, à l'effet notamment de fixer uniformément le nombre des cabinets d'aisance qui devront être établis dans tout immeuble à construire, d'imposer l'usage des eaux de la ville à ceux qui en auraient à leur disposition, de prescrire l'emploi de systèmes d'appareils déterminés d'avance ou soumis à une approbation préalable, d'ordonner le comblement des fosses après leur désinfection, d'interdire l'emploi de matériaux autres que ceux indiqués ou admis ultérieurement par l'administration ».

1. C. d'Et., 1^{er} mai 1896, Boucher d'Argis.

Mais, au lieu de s'en tenir là, le Conseil d'Etat indiquait un ensemble de mesures que le préfet de la Seine aurait pu prendre sans craindre de voir son arrêté annulé :

« Considérant, disait-il (1), qu'il pouvait prescrire l'emploi de chasses d'eau suffisantes pour assurer l'évacuation à l'égout des matières de vidange et des eaux ménagères, empêcher toute communication entre l'atmosphère de l'égout public et celle des immeubles riverains, en tenant compte de ce que l'égout reçoit aussi les eaux pluviales et ménagères, qu'il pouvait également défendre la projection à l'égout de tout autre corps solide que les matières de vidange et ordonner la désinfection des fosses supprimées ».

Le préfet de la Seine trouva bon alors de prendre un autre arrêté qui reproduisait textuellement cette dernière partie de l'arrêt du Conseil d'Etat et celui-ci rejeta le pourvoi formé contre ce nouvel arrêté (2).

Cette jurisprudence, malgré ses restrictions, était-elle acceptable ? On peut répondre négativement ; elle était contraire, d'ailleurs, à la jurisprudence antérieure que nous avons rapportée et qui semble justement respectueuse des droits de propriété.

« Le préfet de la Seine, dit l'annotateur du Sirey sous l'arrêt précité du 1^{er} mai 1896 (3), comme les maires dans

1. Même arrêt.

2. C. d'Et., 9 mars 1900, Boucher d'Argis.

3. C. d'Et., 1^{er} mai 1896, précité, S. 98, 3, 67.

les autres communes de France, a, en dehors de la loi du 10 juillet 1894, qualité pour assurer à l'aide d'arrêtés la salubrité et l'hygiène publiques. Et il peut à cet effet ordonner d'une façon générale, tant dans l'intérieur des habitations qu'à l'extérieur, soit qu'il vise un seul individu, soit qu'il s'adresse à la collectivité, toutes les mesures qui lui paraissent propres à maintenir la salubrité ou à faire disparaître les causes d'insalubrité. Mais il doit éviter, quand il établit des prescriptions pour l'intérieur des habitations, de porter atteinte au droit de propriété. Et c'est pourquoi il ne peut adresser au propriétaire que des injonctions d'ordre général, sans lui imposer d'une façon rigoureuse et à l'exclusion de tous autres les moyens qu'il devra employer, les travaux qu'il sera tenu d'effectuer, la disposition particulière qu'il lui faudra adopter pour obéir à ces injonctions.

Le maire peut ordonner la disparition des causes d'insalubrité, il peut même indiquer d'une façon large la manière de la faire disparaître. Mais le propriétaire doit demeurer libre d'employer tel ou tel moyen qui lui conviendra davantage, d'effectuer tel ou tel travail qu'il jugera préférable pour exécuter l'ordre qui lui a été donné. Il le fait du reste à ses risques et périls : si les moyens par lui employés sont insuffisants, il peut être traduit devant le tribunal de simple police comme ne s'étant pas conformé à l'arrêté légalement pris, et il sera condamné. Mais rien ne donne à l'autorité administrative le droit de l'enfermer dans un

certain nombre de moyens qu'elle aura choisis par avance et qui peuvent parfaitement n'être pas les meilleurs, ou tout au moins ne pas également convenir à tous les cas.

La difficulté pratique de ce système qui est solidement assis, et qui sauvegarde à la fois les droits de la collectivité et ceux des particuliers, consiste dans le partage des dispositions que peut contenir un arrêté de police et de celles qu'il ne peut valablement renfermer. Il y aura là parfois une opération délicate qui ne s'effectuera pas sans difficulté ; c'est au juge qu'il appartiendra de la faire, dans chaque espèce, en s'inspirant des principes généraux que nous avons essayé de déterminer. »

Il semble bien que le Conseil d'Etat ne s'est pas inspiré de ces principes ; car le dernier arrêté du préfet de la Seine contient l'énonciation de moyens à employer dans l'établissement du tout-à-l'égout et suppose donc cet établissement.

Aussi bien ne conteste-t-on pas que l'autorité municipale puisse prescrire ces différentes mesures dans un immeuble où fonctionne déjà le tout-à-l'égout, on ne conteste pas non plus que l'autorité municipale puisse prescrire l'établissement de ce système dans les immeubles à construire, on lui conteste seulement le droit de le prescrire dans les immeubles construits. Il y a là, comme nous le disions tout à l'heure, un état de choses reposant sur des droits acquis.

« Les pouvoirs des maires, dit M. Berthélemy (1), leur permettent bien d'imposer des installations hygiéniques dans les constructions neuves ; une telle exigence est conforme à l'intérêt général et ne constitue pas, à la charge de ceux qui la subissent, une servitude onéreuse. Ils ne peuvent justifier l'obligation imposée aux propriétaires de constructions anciennes de substituer à un système adopté jadis en conformité des règlements existants les procédés nouveaux qu'on déclare aujourd'hui, non seulement préférables, mais seuls acceptables. On ne peut pas, par mesure de police, exiger la reconstruction, même partielle, des immeubles sous prétexte que leurs aménagements ont cessé de plaire et sont pour l'avenir déclarés malsains. »

La Cour de cassation devait se rallier à cette dernière théorie.

Les propriétaires, en effet, battus au Conseil d'Etat, opposèrent alors à l'administration une résistance passive, la force d'inertie.

L'administration fit constater les contraventions et fit poursuivre alors les propriétaires récalcitrants devant le tribunal de simple police pour leur voir appliquer les sanctions de l'article 471-15° du Code pénal.

Le tribunal, dans un jugement du 10 avril 1902 (2), donna gain de cause à l'administration, condamna les propriétaires à l'amende et à l'exécution rapide des

1. Note sous Cass., 31 déc. 1903. D. 1904. 1. 281.

2. « Gazette du Palais », 1902. I. 675.

travaux, faute de quoi il serait pourvu à l'exécution d'office par la Ville de Paris à leurs frais, risques et périls.

Sur appel, le tribunal correctionnel de la Seine, par un jugement du 9 décembre 1902, confirma les dispositions du jugement du tribunal de simple police, mais sans en adopter les motifs. Loin de reconnaître, en effet, comme celui-ci l'avait fait, que le préfet de la Seine puisait dans ses pouvoirs de police le droit d'imposer aux propriétaires l'établissement du tout-à-l'égout, il lui contestait énergiquement ce droit :

« Considérant, disait-il⁽¹⁾, que le préfet ne puisait pas dans sa seule qualité de chef de la police municipale le pouvoir d'ordonner les mesures qui font les objets des articles 1 et 2 de l'arrêté réglementaire... ; que, si les pouvoirs qu'il tient de la loi des 16-24 août 1790 et des décrets du 26 mars 1852 et du 10 octobre 1859 lui permettaient d'enjoindre aux propriétaires de Paris d'avoir à faire disparaître toute cause d'insalubrité pouvant provenir des fosses d'aisance de leurs immeubles, ils ne l'autorisaient pas à leur imposer, comme unique moyen à prendre en vue d'obtenir ce résultat, la suppression de leurs fosses et l'écoulement direct à l'égout des matières de leurs cabinets d'aisances... ; que, s'il rentre dans les attributions de l'autorité municipale de prendre les mesures de police que peuvent

1. Voir la note de M. Berthélemy, citée ci-dessus p. 107, n. 1, 4^e col.

exiger les intérêts de la salubrité, son pouvoir rencontre des limites qu'il ne lui est pas permis de dépasser ; que, spécialement, elle doit dans l'accomplissement de sa mission s'abstenir de porter atteinte aux droits de la propriété ; qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'elle prescrit les mesures que commande l'intérêt de la salubrité publique, de déterminer elle-même la nature et l'importance des travaux qui doivent être exécutés ; qu'enfin il ne lui appartient pas, en vue de supprimer une cause d'insalubrité, de prescrire un moyen exclusivement obligatoire, alors qu'il peut exister d'autres moyens permettant d'obtenir le résultat cherché. »

Et la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre ce jugement, devait sanctionner cette doctrine si nettement formulée par le tribunal correctionnel :

« Attendu, dit-elle (1), que le préfet de la Seine n'a pu, en vertu de ses pouvoirs comme chef de la police municipale, légalement prescrire les mesures édictées par les articles précités des deux arrêtés (2) ; qu'en effet, ni la loi des 16-24 août 1790, ni aucune autre disposition législative ne lui confère le droit de soumettre les propriétaires à de pareilles obligations. »

Ce n'était d'ailleurs pas là le seul argument invoqué par la Cour de cassation dans cette affaire. Il en était

1. Cass., 31 déc. 1903, précité, voir p. 107, n. 1.

2. Le préfet de la Seine avait pris le même jour un autre arrêté désignant un certain nombre de rues dans lesquelles devait être établi le tout-à-l'égout. Cet arrêté était attaqué en même temps que le premier.

un autre d'une portée plus générale et que nous allons retrouver dans le paragraphe suivant. Quoi qu'il en soit, les propriétaires sortaient vainqueurs de la lutte et l'administration vis-à-vis d'eux se trouvait désarmée.

§ 3. — *De l'exercice de la souveraineté
par l'autorité administrative*

La Cour de cassation, nous venons de le voir, ne reconnaissait pas au préfet de la Seine le droit, en vertu de ses pouvoirs de police, d'imposer aux propriétaires l'établissement dans leurs immeubles du tout-à-l'égout. Mais un autre moyen avait été développé devant elle : le préfet, disait-on, n'a pas agi en vertu de ses pouvoirs de police, son arrêté n'a eu d'autre but que d'assurer l'application de la loi de 1894 et il appartient essentiellement à l'autorité administrative de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des prescriptions légales. Le préfet de la Seine n'a donc fait qu'user de ses pouvoirs ordinaires en prenant l'arrêté attaqué, et celui-ci doit être sanctionné par l'article 471-15° du Code pénal.

Mais, peut-on répondre, c'est à tort que l'on prétend que la sanction de l'article 471-15° s'applique à tous les actes administratifs de puissance publique, quels qu'ils fussent ; elle ne s'applique qu'aux règlements légalement faits par l'autorité administrative. Or, l'autorité administrative ne possède le pouvoir réglementaire qu'en matière de police ; à part cela, elle ne peut

faire un règlement sur toute autre matière que lorsque le législateur lui en a délégué formellement le pouvoir par une disposition expresse.

Or, dans notre affaire, le préfet de la Seine n'avait pu, nous l'avons vu, puiser dans ses pouvoirs de police le droit d'imposer aux propriétaires l'établissement du tout-à-l'égout dans leurs immeubles : il ne pouvait non plus le puiser dans une loi qui ne lui avait donné aucune délégation à cet effet.

L'arrêté du préfet de la Seine n'avait donc aucune-ment le caractère réglementaire, il ne pouvait par suite rien ordonner de par lui-même ; il ne pouvait que rappeler les prescriptions légales.

Or la loi de 1894, nous l'avons dit, n'a pas établi de sanction pénale pour le cas où elle serait inobservée, et on ne saurait non plus lui appliquer les dispositions de l'article 471-15° du Code pénal, car celui-ci ne s'applique qu'aux règlements et non pas aux lois ; l'arrêt pris au nom de cette loi qui n'a pas de sanction est donc, lui aussi, dépourvu de sanction. Et c'est ce que devait répondre la Cour de cassation :

« Attendu, dit-elle (1), que la loi du 10 juillet 1894 ne prononce aucune peine spéciale, et que l'infraction aux prescriptions de ladite loi ne saurait être sanctionnée par l'article 471-15° du Code pénal ; qu'en effet cet article ne s'applique qu'aux règlements légalement faits par l'autorité administrative ou muni-

1. Voir ci-dessus, p. 109, n. 1.

ci pale ; qu'une loi ne peut avoir ce caractère, et que les tribunaux doivent l'appliquer dans son texte, sans la modifier ou l'étendre, et sans y ajouter notamment, à titre de sanction pénale, une disposition que le législateur avait seul le droit d'édicter ;

Attendu que les dispositions ci-dessus rappelées des deux arrêtés (1) du 24 décembre 1897 ne sauraient non plus être sanctionnées par l'application de l'article 471-15° du Code pénal ; qu'il faudrait, pour que la sanction de cet article pût être attachée à leur inobservation, que les lois préexistantes eussent attribuées au préfet de la Seine la mission de faire de tels règlements ; que cette attribution ne résulte pas de la loi du 10 juillet 1894 dont le texte ne contient aucune délégation en vue de son exécution ».

Ainsi, dira-t-on, le législateur édicte des prescriptions et l'administration qui pourtant a le devoir de les faire observer ne pourra y aboutir. Il n'y a rien là qui puisse étonner outre mesure dans un régime comme le nôtre où règne la légalité, c'est-à-dire où toute souveraineté réside dans la loi.

S'il est bien vrai que l'autorité soit exercée en fait par deux pouvoirs dont l'un est chargé de faire la loi, l'autre chargé de l'appliquer, il n'en est pas moins vrai que le pouvoir législatif seul possède la souveraineté dans sa plénitude, et que le pouvoir exécutif, autrement dit l'administration et la justice qui sont les deux bran-

1. Voir de même, p. 109, n. 2.

ches de ce pouvoir ne possèdent de cette souveraineté que ce que le législateur a bien voulu leur donner ; c'est lui qui en fixe la mesure comme c'est lui qui en fixe les conditions d'exercice. En dehors de la loi, l'administration comme la justice n'ont aucune qualité pour agir ; elles ne doivent donc rien y ajouter, comme d'ailleurs elles ne doivent rien en ignorer. Si la loi est mal faite, il ne leur appartient pas de la refaire ; si elle n'est pas complète, si elle n'est pas exécutable, il ne leur appartient pas de la rendre telle, la loi sera inexécutée ; le mal en sera-t-il bien grand et le législateur ne peut-il pas toujours combler un oubli ou réparer une erreur ?

L'administration, dit-on dans l'espèce qui nous occupe, va-t-elle donc s'avouer impuissante devant l'inertie des propriétaires ? La justice va-t-elle donc rester impassible devant la violation flagrante de l'ordre édicté ?

« Oui, dit M. Berthélemy (1), la justice doit rester impassible et l'administration doit s'avouer impuissante. La justice ne peut prononcer une peine pour une négligence dont la loi n'a fait ni un crime, ni un délit, ni même une contravention. L'administration ne peut toucher à nos biens, mettre la main sur nos personnes qu'en vertu d'un texte qui lui en donne le pouvoir. Où le texte est muet, la fonction de l'administrateur s'arrête.

1. Berthélemy. « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative ». « Rev. du dr. publ. et de la science polit. », 1904, p. 216.

Son autorité ne lui appartient pas parce qu'il représente l'Etat dont il fait valoir les droits. Elle n'est que le mode d'exécution de la volonté souveraine du législateur et la volonté du législateur ne peut pas se présumer quand il ne l'a pas exprimée. »

La Cour de cassation, nous l'avons vu, avait sanctionné cette théorie justement respectueuse des droits individuels. Le Conseil d'Etat, saisi de la même question dans une espèce différente de celle que nous venons d'examiner, devait admettre la théorie contraire.

La loi du 1^{er} juillet 1901 avait ordonné la dissolution des congrégations existantes et non autorisées, interdit pour l'avenir la formation de congrégations sans autorisation et édicté des pénalités contre tous ceux qui en feraient partie. On admit que les écoles non autorisées dépendant des congrégations autorisées étaient visées par la loi et devaient disparaître. Mais les pénalités établies par l'article 16 de la loi ne s'appliquaient certainement qu'aux membres des congrégations non autorisées et non pas aux congréganistes qui, autorisés pour un établissement, en formaient un autre sans autorisation. Il y avait là une lacune de la loi qui ne provenait évidemment que d'un oubli involontaire du législateur.

Qu'allait donc pouvoir faire l'administration si les congréganistes, méconnaissant la loi, ne se dispersaient pas volontairement ? Rien, semble-t-il. Car, lorsqu'une infraction est commise à la loi, l'administration

ne peut tout d'abord que faire constater cette infraction et en poursuivre la répression devant l'autorité judiciaire ; à celle-ci seule il appartient de dire si la loi a été méconnue et, appliquant alors au fait incriminé les sanctions que la loi même a établies, de donner à l'administration le droit d'en assurer l'exécution par la force.

« La loi, dit M. Romieu (1), prescrit ou délègue à l'administration le droit de prescrire certaines mesures d'autorité vis-à-vis des citoyens ; ce sont des obligations de faire ou de ne pas faire, des défenses, des injonctions ; la puissance publique procède par voie de commandement, soit sous la forme de règlements collectifs, soit sous la forme d'actes individuels. L'ordre une fois donné, soit par le législateur directement, soit par l'administration par délégation de la loi, les citoyens sont tenus d'obéir. Mais, si les citoyens n'obéissent pas, s'ils n'obtempèrent pas volontairement au commandement qui est obligatoire pour eux, comment assurera-t-on l'exécution matérielle des actes de puissance publique ? Quels sont les procédés de coercition ? L'administration qui commande se trouvant d'ailleurs disposer de la force publique, il y aurait pour elle une tentation bien naturelle de se servir directement de la force publique qui est dans sa main pour contraindre les citoyens à se

1. Conclusions présentées devant le Trib. conf., 2 déc. 1902. Société immobilière de Saint-Just. D. 1903. 3. 41 ; S. 1904. 3. 17.

soumettre aux ordres qu'elle a donnés ou qu'elle est chargée de faire exécuter.

Mais on voit sans peine combien un pareil régime serait dangereux pour les libertés publiques, à quels abus il pourrait donner lieu. Aussi est-ce un principe fondamental de notre droit public que l'administration ne doit pas mettre d'elle-même la force publique en mouvement pour assurer *manu militari* l'exécution des actes de puissance publique et qu'elle doit s'adresser d'abord à l'autorité judiciaire qui constate la désobéissance, punit l'infraction et permet l'emploi des moyens matériels de coercition. Le mode d'exécution habituel et normal des actes de puissance publique est donc la sanction pénale, confiée à la juridiction répressive, sauf bien entendu le cas où le législateur en aurait autrement ordonné. »

Mais si la loi, comme c'est le cas dans l'espèce qui nous occupe, n'a pas de sanction pénale, l'administration, au lieu de saisir, d'ailleurs inutilement, le juge de répression, peut-elle arguer de ses pouvoirs pour assurer directement, par des mesures coercitives, l'exécution intégrale de la loi ? Nous ne le croyons pas ; l'administration ne ferait ici, comme tout à l'heure, qu'usurper un pouvoir qui ne lui appartient en aucune façon, le pouvoir de faire la loi.

« Il est dans la mission du législateur, dit M. Laferrière (1), de prévenir l'abus qu'on peut faire des facul-

1. Laferrière, *op. cit.*, 2^e éd., t. II, p. 44.

tés, de dire dans quels cas cet abus dégénère en délit ou en désordre et de donner aux autorités administratives ou judiciaires les moyens de le prévenir ou de le réprimer. C'est ce que le législateur a fait ou du moins est présumé avoir fait en matière de presse, de réunions, d'associations, d'attroupements, etc... ; si ce devoir de vigilance n'a pas été complètement rempli, le bon ordre peut certainement en souffrir, comme il peut souffrir de toute imprécision de la loi ; mais il ne nous semble pas que les autorités publiques puissent s'investir elles-mêmes des pouvoirs que le législateur a omis de leur accorder ».

C'est pourtant ce que fit l'administration dans le cas que nous examinons. Les congréganistes ne s'étant pas dispersés et la loi ne lui offrant pas de sanction, elle usa d'elle-même de moyens coercitifs, elle expulsa les congréganistes et apposa les scellés sur les portes des locaux qu'ils occupaient.

Et le Conseil d'Etat, saisi de la question, déclarait que, si le préfet avait prescrit l'apposition des scellés, cette mesure, ordonnée comme suite et complément de l'évacuation forcée des locaux et pour assurer à cet égard l'exécution du décret ordonnant la fermeture de l'établissement, n'était pas entachée d'excès de pouvoir (1).

1. Cons. d'Et., 19 février 1904, dame Bernier. De nombreux autres arrêts sont venus confirmer celui-ci : voir *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, 1904, Table, V^e Congrégations religieuses, p. 991.

M. Romieu, que nous voyions tout à l'heure formuler en termes très nets une doctrine contraire, a pourtant défendu très énergiquement ces prétentions de notre haute juridiction administrative.

« Il peut arriver, dit-il (1), que certaines prescriptions de la loi ou de l'autorité administrative, dans des matières qui touchent à l'exercice de la puissance publique, se trouvent dépourvues de sanction pénale. Le moyen habituel, normal de coercition fait défaut. Dès lors, si on ne se trouve pas dans le cas d'urgence ou de péril imminent, et si la loi n'a pas prévu un autre mode d'exécution, que va-t-on décider quant aux procédés de coercition ?

Il y a deux systèmes possibles. On peut soutenir que, la loi étant incomplète, il n'appartient à personne d'y suppléer, que, s'il y a une obligation dépourvue de sanction, c'est la faute du législateur, qu'il faut une loi nouvelle, et que, tant que la loi nouvelle ne sera pas faite, la loi ancienne ne sera pas exécutée. Pour éviter les abus, la part d'arbitraire que comporte l'exécution forcée par la voie administrative, on fera fléchir les intérêts publics devant la garantie des libertés et des droits privés ; l'exécution sera judiciaire ou ne sera pas.

Dans un second système, au contraire, on part de cette idée qu'il n'est pas admissible que la loi ne soit pas exécutée et que la puissance publique ne soit pas obéie, qu'une erreur de rédaction, une omission, une

1. Conclusions précitées, v. p. 115, n. 1.

lacune de la part du législateur ne peut frapper de stérilité ses prescriptions, que, dans les rapports de la puissance publique avec les citoyens, l'obligation et la coercition sont indissolublement liées, que l'obéissance à l'ordre légalement donné par l'autorité compétente doit, si elle n'est pas obtenue volontairement, être réalisée par la contrainte. Ici, ce sont les intérêts privés, les droits individuels qui fléchissent devant la nécessité de faire exécuter la loi. Dès lors, l'autorité administrative qui dispose de la force publique devra être autorisée exceptionnellement à s'en servir, sans l'intervention du juge répressif impuissant dans la circonstance, pour assurer directement l'exécution matérielle de ses injonctions et des ordres du législateur. »

Mais le même auteur nous fournit lui-même des arguments qui vont à l'encontre de sa théorie :

« On ne saurait méconnaître, dit-il, les inconvénients sérieux que peut présenter l'exécution forcée par la voie administrative. D'une part, en effet, l'exécution d'office par l'administration elle-même, « par défaut », sans jugement, sans garanties à la défense, alors qu'aucun intérêt d'urgence ne l'explique, outre qu'elle n'est pas conforme à nos habitudes, peut, dans certains cas, favoriser l'arbitraire et couvrir des illégalités. D'autre part, la juridiction administrative n'est pas outillée pour protéger utilement les droits privés qui seraient violés d'une manière flagrante par les abus des actes d'exécution de la puissance publique ; elle n'a

pas, en cette matière, de juges locaux du premier degré ; elle n'a pas la procédure du référé, et la lenteur relative de son intervention peut souvent rendre son efficacité illusoire ».

N'est-ce pas lui qui dira aussi tout à l'heure, déniaut à l'administration le droit d'exécution forcée lorsqu'il existe une sanction pénale :

« Laisser à l'administration le droit de superposer l'exécution administrative à la loi pénale, lui reconnaître le droit d'option entre la sanction édictée par le législateur et une exécution administrative que rien ne prévoit et ne justifie légalement, ce serait l'anarchie et l'arbitraire, la négation des principes fondamentaux de notre droit public ; ce serait la création discrétionnaire et dissimulée d'une sorte de régime d'état de siège ».

Comment donc le serait-ce moins lorsque le législateur n'a pas édicté de sanction ? l'exécution forcée en sera-t-elle plus justifiable « légalement », l'anarchie et l'arbitraire qui pourront en résulter seront-ils moindres, en aura-t-on moins méconnu les principes fondamentaux de notre droit public ?

Que veut donc dire le principe de la séparation des pouvoirs, sinon qu'il ne peut jamais appartenir au pouvoir exécutif de s'immiscer dans la confection de la loi ? Cette règle pratique, que les philosophes avaient dégagée de l'expérience de plusieurs siècles de vie politique, a été élevée à la hauteur d'un principe par

les Constitutions modernes qui y ont vu la garantie la plus efficace des droits individuels.

Comment l'exécution forcée qui permet à l'administration d'agir suivant son bon plaisir, sans y être autorisée par la loi et sans user envers les particuliers des formalités protectrices de leurs droits que la loi leur a largement accordées, comment, dis-je, l'exécution forcée ne serait-elle point contraire au principe de la séparation des pouvoirs ?

M. Romieu, il est vrai, limite lui-même ce pouvoir qu'il reconnaît à l'administration, mais, qu'on y prenne garde, les règles qu'il pose, et surtout la dernière d'après laquelle les mesures d'exécution forcée doivent tendre uniquement, dans leur objet immédiat, à la réalisation de l'opération prescrite par la loi, sont susceptibles d'interprétation ; et qui donc sera chargé de cette interprétation sinon l'administration elle-même au moment de procéder à l'exécution forcée ? Quelle tyrannie ne pourra-t-il pas en résulter dans certains cas ? Et cette tyrannie aura pu être exercée par l'administration sous le couvert d'un droit à elle reconnu, à savoir qu'elle pouvait procéder à l'exécution forcée ! C'est ce droit qu'il faut lui renier, sans aucune exception, sans aucune réserve.

« L'administrateur, dit M. Berthélemy (1), qui ne peut pas montrer le texte où il puise l'autorité dont il se

1. Berthélemy, *op. cit.*, p. 227, v. p. 113, n. 1.

dit armé ne peut rien exiger de moi. Son pouvoir est vain, car sa fonction n'existe que par le texte. Nous n'avons d'ordre à recevoir que de la loi ; tout ce qui est extra-légal n'est qu'arbitraire et despotisme. »

Chaque administrateur, dirons-nous pour conclure, a ses fonctions, aucun ne doit les dépasser. Ces fonctions s'exercent suivant des formes arrêtées à l'avance, aucun ne doit transgresser ces formes. Au delà des fonctions qui lui ont été dévolues, ou bien, dans ces fonctions, en dehors des formes légales dans lesquelles il doit diriger son action, l'administrateur n'a plus aucun droit, car ses pouvoirs et les formes suivant lesquelles ils s'exercent lui ont été donnés par la nation souveraine ; c'est à elle à dire si ces pouvoirs ne sont pas assez étendus, ces formes incomplètes. Il ne lui appartient pas d'y rien changer.

Qu'on retourne donc au législateur. Et comment pourrait-on s'en plaindre ? Lorsqu'une loi est méconnue systématiquement, c'est qu'elle a touché à des intérêts moraux ou matériels considérables. Ces intérêts ne méritent-ils pas l'honneur d'une deuxième délibération ? La période qui s'est écoulée depuis le vote de cette loi et qui a vu éclore la lutte acharnée qu'on se propose de lui faire et les moyens nombreux dont on entend user pour mettre obstacle à son application ne peut-elle être profondément instructive pour le législateur ?

Car enfin, il n'est pas infallible, le législateur, et il ne semble pas que les mœurs parlementaires ou électo-

rales soient prêtes de le rendre tel. Le plus grand honneur qu'il puisse se faire, comme la plus grande confiance qu'il puisse nous donner, c'est de reconnaître parfois que son œuvre est imparfaite, et conséquemment, de la réformer ou de la détruire,

CHAPITRE II

Le respect des obligations contractuelles ou légales

Les obligations qui lient l'administration d'une part et ses agents ou les tiers d'autre part peuvent tirer leur origine, comme celles qui lient les simples particuliers entre eux, soit d'un contrat, soit de la loi.

Mais, lorsque l'administration se trouve ainsi obligée, dans quelles limites l'est-elle ? Ne peut-elle pas dans certains cas puiser dans ses pouvoirs le droit de se décharger de certaines obligations qui la grèveraient trop lourdement ? Bien plus, ces obligations, contractuelles ou légales, sont-elles soumises aux principes du droit commun ? Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont émis des doctrines contraires sur des questions de ce genre. Ce sont ces doctrines que nous allons examiner au cours de ce chapitre en étudiant, dans deux paragraphes distincts, le retrait des permissions de voirie et la responsabilité des personnes morales administratives.

§ 1. — *Du retrait des permissions de voirie*

L'administration a dans ses attributions la police et la conservation du domaine public : Sans pouvoir accorder à des particuliers des droits privatifs de propriété sur ce domaine, droits qui ne lui appartiennent d'ailleurs aucunement, elle peut toutefois leur accorder certains droits d'usage, dits permissions de voirie, dont l'exercice ne saurait nuire au but d'intérêt général des parties de ce domaine sur lesquelles ils ont été concédés.

L'autorité administrative est certainement seule juge de savoir si ces permissions de voirie doivent être ou ne pas être accordées, mais, si la délivrance en est arbitraire, il n'en est pas de même du retrait. Les tiers ont en effet un droit acquis à ces permissions une fois délivrées et on conçoit qu'elles ne puissent plus leur être enlevées que dans le cas où leur maintien porterait atteinte aux intérêts du domaine public.

On dit bien, il est vrai, que ces permissions sont précaires et révocables, mais on sait d'autre part que l'administration n'est pas toute puissante, et que, dans l'exercice d'une fonction qui lui est dévolue, ses actes ne peuvent se justifier qu'autant qu'ils ont pour but la réalisation immédiate de cette fonction.

C'est donc l'intérêt seul du domaine public qui peut justifier les actes que l'administration fait à propos de

ce domaine. Et c'est bien là ce que la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat avaient admis tout d'abord.

Le retrait d'une permission de voirie, disaient-elles, ne peut avoir lieu que dans l'intérêt du domaine. Il ne peut être prononcé, ni dans l'intérêt particulier d'une commune, ni même dans l'intérêt fiscal de cette commune.

« Considérant, disait le Conseil d'Etat (1), qu'il résulte des termes mêmes de l'arrêté attaqué qu'en retirant à la Compagnie du gaz l'autorisation de placer dans les rues dépendant de la voirie municipale des conducteurs d'électricité destinés à l'éclairage, le maire d'Agen n'a pas agi dans l'intérêt de la viabilité, mais uniquement en vue d'obtenir un service d'éclairage plus avantageux pour la ville ; qu'ainsi il a usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés. »

« Attendu, en droit, disait aussi la Cour de cassation (2), que les autorisations de voirie, que l'administration est toujours libre de refuser, ne peuvent, une fois accordées, être révoquées que dans l'intérêt de la viabilité et de la conservation du domaine public ;

1. C. d'Et., 4 janvier 1895, Compagnie du gaz d'Agen. De même 18 mars 1868, Dubur ; — 21 mars 1873, Compagnie du Gazas ; — 19 mars 1880, Compagnie centrale du gaz ; — 8 fév. 1889, Thorrand ; — 15 nov. 1895, Tauveron ; — 29 nov. 1895, Bovis. Voir aussi 16 déc 1898, Auffray.

2. Cass., 27 juill. 1893, D. 1894.1.197. *Id.*, 3 août 1893, *eod. loc.* Voir aussi Cass., 1^{er} juill. 1870, D. 71.1.187.

Et attendu... que l'autorisation accordée au sieur C... ne lui a été retirée que pour prémunir la ville contre toute éventualité d'un nouveau procès pouvant avoir des conséquences très graves et compromettre sérieusement les intérêts de la commune ; qu'ainsi le maire n'a point agi dans l'intérêt de la voirie, mais dans l'intérêt privé de la commune, et que, par suite, l'usage qu'il a fait de ses pouvoirs n'est pas conforme au but en vue duquel ils lui étaient conférés. »

Mais cette question de la validité du retrait des permissions de voirie devait se présenter de nouveau à une époque relativement récente et donner lieu à des décisions contradictoires de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat.

On sait que des services publics d'éclairage par le gaz se sont constitués dans la plupart des villes de quelque importance. Pour encourager la création de ces services, les villes se sont engagées envers les industriels auxquels elles en concédaient l'exploitation à ne pas laisser s'établir d'entreprise concurrente, et, pour cela, à ne délivrer aucune permission de voirie permettant à d'autres industriels d'établir des canalisations sous les voies publiques.

Cet engagement était-il valable ? les communes pouvaient-elles ainsi aliéner contractuellement les droits de puissance publique appartenant à l'autorité municipale ? La question était très controversée. La jurispru-

dence devait pourtant admettre la validité de ce genre de contrat (1).

« Elle a considéré, dit M. Romieu (2), que la distribution de l'éclairage à domicile, comme celle de l'eau, comme le transport en commun par des véhicules circulant sur rails, constituant un véritable service public destiné à satisfaire aux besoins de la collectivité par l'emploi des voies publiques qui sont nécessairement affectées à ses installations permanentes, la commune, chargée d'organiser ce service, avait le droit et le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour en assurer le fonctionnement régulier ; que, notamment, dans l'intérêt même du service public, elle pouvait soustraire les canalisations de son entrepreneur à la précarité du régime de la permission de voirie en y substituant le régime de la concession, et, d'autre part, garantir le service ainsi concédé contre toute affectation ultérieure de la voie publique à une entreprise analogue, laquelle, n'ayant pas les mêmes charges, se trouverait à son égard dans une situation toute privilégiée. On a donc admis que, dans le cas où la commune aurait pris de semblables engagements, le

1. Voir les nombreux arrêts du Conseil d'Etat, rapportés par Ripert, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », « Rev. du dr. publ. et de la science polit. » 1905, p. 20, note.

2. Conclusions présentées devant le Cons. d'Et., 6 juin 1902. Goret, D. 1904, 3. 17.

maire ne pourrait à l'avenir accorder, sous forme de permission de voirie, des autorisations d'exploiter un service concurrent, et qu'on ne pouvait dédoubler ce magistrat municipal en deux personnages qui s'ignoraient l'un l'autre, l'un chargé d'assurer le respect des contrats passés par la commune, l'autre délivrant des permissions sous la voie publique destinées à tourner ou violer ces contrats. »

Mais, tant que le Conseil d'Etat ne s'était pas prononcé, les municipalités, ignorant le sens de ses décisions à venir, se trouvaient fort embarrassées.

Aussi, lorsque l'éclairage électrique se fut développé, les communes qui voulaient en permettre l'usage à leurs habitants et qui étaient liées par les contrats conclus avec les compagnies du gaz, craignant déjà d'encourir des responsabilités envers ces compagnies, au lieu de passer, comme elles auraient dû le faire, avec les entrepreneurs d'éclairage électrique, de véritables contrats de concession, ne leurs accordèrent-elles que de simples permissions de voirie. Elles pensaient ainsi pouvoir échapper à toute responsabilité envers ces entrepreneurs au cas où les permissions qu'elles leur accordaient seraient considérées comme une violation du contrat passé avec les compagnies du gaz.

Lorsque cette violation eut été reconnue, comme nous venons de le voir, et que le Conseil d'Etat eut condamné à des indemnités pécuniaires envers leurs concessionnaires du gaz les communes qui avaient ainsi manqué

à leurs engagements, les maires de ces communes, dans le but de faire cesser une responsabilité qui pouvait grever très lourdement leur budget, prirent des arrêtés retirant les permissions de voirie accordées aux entrepreneurs d'éclairage électrique.

Ceux-ci n'en tinrent pas compte. Les tribunaux de simple police devant lesquels ils furent poursuivis les ayant acquittés, le ministère public saisit la Cour de cassation pendant que les entrepreneurs, de leur côté, attaquaient les arrêtés de retrait devant le Conseil d'Etat comme entachés d'excès de pouvoir.

La Cour de cassation ne crut pas devoir revenir sur son ancienne jurisprudence, et elle considéra les arrêtés de retrait comme irréguliers. Cela d'ailleurs était facile à prévoir puisque, nous l'avons vue tout à l'heure ne vouloir prendre en considération dans cette matière que l'intérêt de la voirie, et refuser de tenir compte de ce que les intérêts de la commune pouvaient être sérieusement compromis (1). Or c'était le cas en l'espèce.

« Attendu, dit-elle dans un arrêt de 1900 (2), que le jugement de police constate que l'autorisation accordée à Goret ne lui a été retirée qu'à la suite d'un procès en responsabilité intenté à la ville de Bar-le-Duc par la Société d'éclairage par le gaz, et pour prémunir, au moins en partie, la ville contre les conséquences

1. Voir les termes de l'arrêt rapporté plus haut, p. 126.

2. Cass., 25 oct. 1900. D. 1901.1.206.

pécuniaires d'un arrêt du Conseil d'Etat en date du 26 novembre 1897 ;

Attendu qu'en prenant dans ces circonstances l'arrêté du 30 décembre 1898, le maire n'a point agi, soit dans l'intérêt de la voirie, soit dans un intérêt public et de police, mais dans l'intérêt privé de la commune, et que, par suite, l'usage qu'il a fait de ses pouvoirs n'est pas conforme au but en vue duquel ils lui sont conférés. »

Les mêmes motifs devaient se trouver reproduits dans un arrêt postérieur (1).

Le Conseil d'Etat, au contraire, se prononça pour la validité des arrêtés de retrait :

« Considérant, dit-il (2), que si, en règle générale, les permissions de voirie, bien que précaires et révocables, ne peuvent être retirées lorsque l'intérêt de la sécurité ou de la circulation n'en fait pas une obligation, il doit en être autrement lorsque, au lieu de concerner de simples particuliers, ces permissions sont accordées en vue de favoriser des entreprises dont le maintien aurait pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes ou de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée. »

Comment pouvait-il justifier cette nouvelle jurisprudence ? Désireux avant tout de trouver une solution qui fût plus conforme aux intérêts financiers des communes, il posa en principe qu'il y avait lieu de faire une

1. Cass., 31 déc. 1903, *Journal du droit administratif*, 1904, p. 217.

2. C. d'Et., 6 juin 1902, précité. *Id.*, 27 déc. 1901, Pécard.

distinction entre les permissions de voirie accordées à de simples particuliers dans leur intérêt exclusif et celles accordées à des industriels dans le but de constituer un véritable service public, ces permissions ne présentant pas dans les deux cas les mêmes caractères juridiques.

Dans le premier cas, dit M. Romieu (1), « on est dans le domaine de la permission de voirie pure et simple, le maire agit dans le seul intérêt de la voie publique dès lors, les règles habituelles des permissions de voirie, tant pour le retrait que pour l'octroi, sont applicables, car l'acte du maire n'est qu'un acte de puissance publique ordinaire, un acte de voirie proprement dit. »

Mais il n'en est pas de même dans le second cas : « Lorsqu'un entrepreneur de distribution d'eau, gaz, électricité, s'adresse au maire pour obtenir une autorisation de poser des fils, tuyaux, poteaux sur la voie publique, le maire doit examiner cette demande au double point de vue auquel il a le devoir de se placer comme chef de l'administration municipale : celui de la conservation des voies publiques communales, celui de la bonne gestion des services communaux. L'acte par lequel le maire accorde l'autorisation demandée a, par suite, lui-même ce double caractère. En tant qu'il permet de faire un travail sur ou sous le sol de la voie publique et d'en occuper une parcelle à titre permanent,

1. Conclusions précitées, voir ci-dessus p. 128, n. 2.

c'est une permission de voirie que le maire délivre en vertu des pouvoirs propres qu'il tient des articles 94 et 98. En tant qu'il autorise, par l'occupation du domaine public, la création d'une entreprise de distribution, au préjudice du service public constitué, il fait un acte de gestion au nom de la commune, dans les conditions de l'article 90, et la régularité de la permission de voirie se trouve subordonnée à la validité de cet acte de gestion dont elle n'est que la conséquence. »

Cette théorie nous semble parfaitement admissible ; elle est conforme d'ailleurs à celle que l'on trouve déjà exprimée dans une circulaire ministérielle du 15 août 1893 (1), qui prescrit aux communes de n'accorder dans ce cas d'autorisation de voirie que par un acte de concession, et on peut ajouter que « le caractère et la valeur de cette autorisation ne peuvent se trouver modifiés par les habiletés de rédaction d'un arrêté municipal qui masquerait, sous la forme d'une permission de voirie, les accords intervenus avec les industriels électriques. »

Nous admettons donc bien, avec M. Chéreau (2) : « 1° que les permissions de voirie accordées pour l'exploitation d'une distribution collective sont toujours l'exécution d'un acte de gestion communale, d'un con-

1. Voir Sirey, lois annotées de 1894, p. 657.

2. Chéreau, « Les distributions collectives », « Année administrative », 1903, p. 127.

trat de concession plus ou moins nettement caractérisé, parfois même sous-entendu ; 2° qu'elles sont l'accessoire ou plus exactement la conséquence de la concession et que, par suite, elles peuvent être valablement retirées, non seulement lorsque l'intérêt de la sécurité ou de la circulation en font une obligation, mais aussi toutes les fois que la concession, que l'acte de gestion communale se trouve nul ; car alors elles n'ont plus de raison d'être. »

Mais peut-on soutenir que, dans les espèces que nous examinons en ce moment, « l'acte de gestion sous-entendu, inclus dans les permissions de voirie et à la validité duquel leur propre validité était subordonnée, fût nul ou annulable. Il était simplement pris, ce qui est bien différent, en violation d'un contrat préexistant. Il donnait ouverture à dommages-intérêts au profit du premier contractant dont il lésait les droits, mais ce n'est pas là, ce nous semble, une cause de nullité des contrats administratifs pas plus que des contrats civils. »

Il est bien un autre argument qui consiste à dire qu'en somme cette impossibilité de retirer une permission de voirie dans l'intérêt privé de la commune, théorie jadis admise par le Conseil d'Etat comme par la Cour de cassation, n'est qu'une création de jurisprudence, qu'il appartient donc à cette jurisprudence de régler elle-même cette impossibilité. S'il est vrai que l'intérêt financier ordinaire, qui a toujours été considéré comme le propre du détournement de pouvoir, ne

pourra jamais être considéré comme permettant le retrait des autorisations, il ne doit pas en être de même d'un intérêt « financier renforcé, tellement considérable qu'il devient en quelque sorte un intérêt vital pour la commune et par conséquent un intérêt général (1). »

Cet argument ne nous satisfait pas plus, car il nous semble impossible de faire rentrer la préservation de tels intérêts dans les pouvoirs de police qui appartiennent à l'autorité municipale sur le domaine public. C'est, nous l'avons vu, ce qu'a pensé la Cour de cassation. Au surplus, ne pouvait-elle se placer qu'à ce point de vue et ne pouvait-elle pas rechercher s'il y avait dans les arrêtés attaqués des actes de gestion ostensibles ou déguisés, car il est certain qu'on n'aurait pas pu raisonnablement soutenir en ce cas que de tels arrêtés pouvaient être sanctionnés par l'article 471-15° du Code pénal.

Nous ne croyons donc pas qu'il y ait sur ce point d'entente possible entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

Ne serait-il pas préférable de dépouiller complètement l'autorisation de voirie accordée à l'entrepreneur d'éclairage électrique de son caractère d'acte de police pour ne plus la considérer que comme un acte de gestion ? L'acte de police disparaissant, la question d'excès de pouvoir ne pourrait plus se poser. Nous n'aurions

1. Ripert, *op. cit.*, p. 30.

plus alors devant nous qu'un contrat de concession passé en violation d'un premier contrat du même genre. Cela, il est vrai, ne suffirait pas, et nous l'avons vu, pour en faire prononcer la nullité. Mais, en somme, est-ce tant à la nullité de ce deuxième contrat que l'on veut aboutir, et la résolution ne peut-elle pas fournir aussi bien le résultat recherché? Evidemment oui, puisqu'on ne veut qu'une chose, la disparition de ce contrat.

Or, si l'on se place uniquement sur le terrain contractuel, si l'on admet, dit M. Hauriou (1), « que l'opération faite avec l'électricien est une sorte de contrat, la permission de voirie ou l'autorisation de canalisation donnée par la ville prend le caractère d'un fait d'exécution du contrat, le retrait de cette autorisation devient une inexécution du contrat par la ville, et la véritable question n'est pas de savoir si ce retrait d'autorisation est ou non possible, elle est de savoir si, une fois le retrait d'autorisation opéré, l'inexécution des conditions par la ville n'entraîne pas à la fois la résolution du contrat passé avec l'électricien et une indemnité pour celui-ci. »

Ainsi l'on pourrait à la fois atteindre plus logiquement le résultat voulu par le Conseil d'Etat et rendre plus facile l'entente avec la Cour de cassation. La controverse d'ailleurs ne cesserait-elle pas alors pour une autre raison? Les tribunaux criminels se trouvant déjà

1. Note sous C. d'Et., 6 juin 1902, précité, S. 1903.3.65.

dessaisis avec ce système, les tribunaux civils ne le seraient-ils pas aussi à leur tour ? la théorie générale de la gestion des services publics, que nous avons exposée dans la première partie de ce travail (1), trouverait ici en effet son application ; les actes que nous examinons n'étant plus considérés que comme des actes de gestion faits en vue de l'exécution d'un service public, les tribunaux administratifs seraient donc seuls compétents pour en connaître.

§ 2. — *De la responsabilité des personnes
morales administratives.*

Nous avons déjà eu l'occasion, au cours de notre étude, d'examiner la question de la responsabilité des personnes morales administratives (2). Mais nous n'avons envisagé à ce moment que les controverses qui se sont élevées entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur le point de savoir quels doivent être les tribunaux compétents pour connaître de cette responsabilité. Il nous faut maintenant étudier cette responsabilité en elle-même et voir quelle est, pour chacune de nos deux hautes juridictions, la base de cette responsabilité, quelle en est, par suite, l'étendue ? Nous avons dû, d'ailleurs, à propos de la question de compétence, tou-

1. Voir ci-dessus, 1^{re} partie, chap. III, p. 83 et suiv.

2. Voir plus haut, 1^{re} partie, chap. III.

cher quelque peu à la question de fond, tant il est vrai, nous le savons, que souvent, et c'est le cas en l'espèce, ces deux questions sont intimement liées et que la solution de l'une commande celle donnée à l'autre.

La Cour de cassation, nous l'avons vu, a toujours estimé, jusqu'à une époque relativement récente, que la responsabilité des personnes morales administratives, quelles qu'elles fussent, était basée dans tous les cas, comme celle des particuliers, sur les articles 1382 et suivants du Code civil (1).

Le Conseil d'Etat, au contraire, admit de bonne heure que cette responsabilité ne pouvait être appréciée d'après les règles du droit commun ; elle n'était, d'après lui, ni générale ni absolue, et se modifiait suivant la nature et les nécessités de chaque service (2).

« Les articles 1382 et 1384 du Code civil, disait M. Laferrière (3), ne lui sont pas textuellement applicables. Ces textes font dépendre la responsabilité de l'idée de préjudice associée à celle de faute, de telle sorte qu'en principe, toute faute dommageable engage la responsabilité de son auteur, et qu'un dommage sans faute ne l'engage pas.

Ces règles de droit privé seraient doublement inexactes en droit administratif : d'abord, parce que l'admi-

1. Voir les termes de l'arrêt du 19 décembre 1854, rapportée plus haut, p. 99.

2. Voir l'arrêt du 6 déc. 1855. Rothschild, ci-dessus, p. 71.

3. Laferrière, *op. cit.*, 2^e éd., t. II, p. 155.

nistration n'est pas toujours responsable du préjudice qu'elle cause à autrui par ses fautes ou celles de ses agents ; en second lieu, parce qu'elle est souvent tenue de réparer les dommages qu'elle a causés en usant de ses droits et sans commettre aucune faute : cette obligation lui incombe notamment en matière de travaux publics. »

Mais on conçoit aisément que cette doctrine quelque peu élastique, puisqu'elle était basée, non pas sur un texte légal, mais sur un principe d'équité, pouvait laisser une grande place à l'arbitraire, et tendre à assimiler les actions en responsabilité intentées contre l'administration à de simples recours gracieux déguisés sous une forme juridictionnelle.

Le Conseil d'Etat devait donc être amené peu à peu à formuler plus nettement les conditions auxquelles la responsabilité de l'administration pouvait être mise en cause. C'est alors que, reprenant la distinction classique entre les actes de puissance publique et les actes de gestion, il posa en principe que seuls ces derniers pouvaient donner lieu à une action en responsabilité.

« Considérant, dit-il (1), qu'il est de principe que l'Etat n'est pas, en tant que puissance publique, et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents. »

« Considérant, dit-il encore (2), que la mesure prise

1. C. d'Et., 13 janv. 1899, Lepreux.

2. C. d'Et. 21 déc. 1900, Maucci. Voir aussi 23 juin 1882, Larbaud ;

par le maire dans l'exercice des pouvoirs de police qu'il tient des articles 91 et 97 de la loi du 5 avril 1884 ne peut engager la responsabilité pécuniaire de la commune. »

Ainsi le Conseil d'Etat admettait que les actes de puissance publique ne pouvaient en aucun cas engager la responsabilité de l'administration. Ces actes, pensait-il, n'ont été accomplis par l'autorité administrative qu'en vertu des droits de souveraineté que la loi lui a délégués; ils ont donc la même nature juridique que les actes du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire, et, pas plus que ces derniers, ils ne peuvent donner lieu à un droit à réparation pour les dommages qu'ils ont causés.

« Le pouvoir de commander, de réglementer, d'exercer l'autorité administrative, dit M. Berthélemy (1), implique le pouvoir de donner des ordres susceptibles d'entraîner des dommages sans que l'Etat ait plus à en répondre qu'il ne répond des conséquences d'arrêts injustes ou de lois iniques. L'administration, dans la sphère de son activité, n'est pas moins souveraine que la justice dans les limites de sa compétence. Quand un arrêt de justice est illégal, on peut en obtenir la cassation sans que l'Etat indemnise des dommages qu'il a pu produire. Cela est tellement conforme au bon

— 12 déc. 1884, Puech; — 13 janv. 1893, Cazeaux; — 15 déc. 1899. Adde.

1. Berthélemy. « Traité élém. de dr. adm. », 4^e éd., p. 76.

sens que nul ne proteste contre ce résultat fâcheux de l'imperfection inévitable des services judiciaires. Disons de même que l'administré lésé par un règlement illégal en obtiendra l'annulation sans que l'Etat ait à l'indemniser des dommages qu'a pu produire l'acte annulé. Les deux situations sont identiques. »

Pourtant cette distinction entre les actes de puissance publique et les actes de gestion devait paraître critiquable, et cela à M. Berthélemy lui-même. Si, en effet, il estime que l'administration ne peut être rendue responsable des actes d'autorité, c'est parce qu'il considère qu'une telle responsabilité n'a pas de base légale et que le principe d'équité seul ne peut suffire à la justifier; il ne suffirait pas d'ailleurs davantage à son sens quand il s'agit d'actes de gestion, seulement en ce cas il invoque les articles 1382 et suivants du Code civil.

Mais, du moment que l'on admet que la responsabilité de l'administration repose toujours, non sur la loi positive, mais sur des considérations d'équité, on ne voit plus bien pourquoi l'on distinguerait suivant la nature des actes dommageables :

« Il n'y a pas de motif juridique, dit-il (1), pour restreindre aux seuls actes de gestion les réclamations qui ont l'équité pour base. Dès qu'il ne s'agit plus de faire sanctionner un droit positif, mais d'obtenir la

1. Berthélemy, *op. cit.*, p. 82.

réparation bienveillante d'un accident fâcheux, pourquoi tenir compte de l'origine du dommage ? N'est-il pas inique qu'un administré pâtisse des conséquences d'un règlement annulé ? Le Conseil d'Etat est souverain juge de l'équité de la réparation sollicitée. Il n'a pas à se demander d'où vient le mal dont on se plaint, mais seulement si ce mal, commis dans l'exercice des fonctions publiques, est injuste et si la victime mérite bienveillance. »

Le Conseil d'Etat devait reconnaître la logique de cet argument et ne plus distinguer, au point de vue de la responsabilité de l'administration, entre les actes d'autorité et les actes de gestion.

Aussi n'oppose-t-il plus depuis quelque temps aux actions intentées devant lui l'exception tirée de la responsabilité de la puissance publique ; s'il refuse des indemnités, c'est pour des motifs de fond (1), car il reconnaît formellement que les dommages causés par un acte de puissance publique peuvent donner lieu à réparation et engagent ainsi la responsabilité de l'administration, et cela, dans ses rapports avec ses agents (2), comme dans ses rapports avec les tiers (3).

Il n'y avait pas d'ailleurs de bonne raison, et nous le

1. C. d'Et., 30 juill. 1897, Société du Lloyd anglais ; — 22 mars 1902, Gourdin et Patfoort ; — 31 janvier 1902, Grosson. Voir aussi déjà : 25 fév. 1863, Guilbaud ; — 6 avril 1870, Mallet.

2. C. d'Et., 29 mai 1903, Le Berre ; — 11 déc. 1903, Villenave.

3. C. d'Et., 27 fév. 1903, Zimmermann ; — 23 déc. 1904, Poujade ; — 10 fév. 1905, Tomaso Grecco.

savons déjà, pour conserver cette ancienne théorie de l'irresponsabilité de la puissance publique :

« D'une part, en effet, dit M. Romieu (1), le mot acte de puissance publique n'était pas nettement défini et était souvent appliqué à de véritables contrats, comme celui qui lie les personnes publiques à leurs fonctionnaires ; le mot acte de police, mesure de police, était encore beaucoup plus élastique, et l'on pouvait y faire rentrer tout le droit administratif (il y a la police des cours d'eau, de la voirie, des ports, de la défense nationale, des cultes, des établissements insalubres, de l'industrie, de la sécurité, de la santé publique, etc., etc.)

D'autre part, on ne voit pas en vertu de quel texte ou de quel principe de droit le citoyen lésé par un vice d'organisation ou de fonctionnement du service public, par la faute grave de ceux qui le dirigent ou qui en sont les agents d'exécution, serait privé du droit d'obtenir réparation du préjudice souffert, par ce seul motif que l'acte incriminé serait un acte de commandement ou que la mesure critiquée serait une mesure de police. »

Seulement il faut maintenant rechercher dans quels cas cette responsabilité de l'administration, que l'on admet en principe, va se trouver réellement engagée ; et M. Romieu ajoute :

« Ce qui est vrai, c'est que toute erreur, toute négli-

1. Conclusions présentées dans l'arrêt du 10 fév. 1905, v. la note 3, de la page précédente.

gence, toute irrégularité (même de nature à motiver une annulation pour excès de pouvoir), n'entraînera pas nécessairement la responsabilité pécuniaire de la puissance publique. Il appartient au juge de déterminer, dans chaque espèce, s'il y a une faute caractérisée du service de nature à engager sa responsabilité, et de tenir compte, à cet effet, tout à la fois de la nature de ce service, des aléas et des difficultés qu'il comporte, de la part d'initiative et de liberté dont il a besoin, en même temps que de la nature des droits individuels intéressés, de leur importance, du degré de gêne qu'ils sont tenus de supporter, de la protection plus ou moins grande qu'ils méritent et de la gravité de l'atteinte dont ils sont l'objet. »

Mais alors, quels principes vont pouvoir guider le juge pour mener à bien cette œuvre difficile ?

« Ces principes, suivant nous, dit M. Teissier (1), peuvent se ramener à deux :

Le premier, imposé, tout comme l'article 1382 du Code civil, par les notions les plus certaines de l'équité, et qui, dans la matière du droit public, trouve sa base juridique dans l'article 13 de la déclaration des droits de 1789, c'est que les citoyens ne doivent pas souffrir plus les uns que les autres des charges imposées par l'intérêt de tous. Les dommages exceptionnels, les accidents que la puissance publique, dans l'exercice de sa

1. Teissier, *op. cit.*, n° 147, Rép. Béquet, p. 159.

fonction administrative, cause parfois à certains particuliers, doivent, par suite, être considérés comme imputables au compte des frais généraux des services publics payés par l'impôt et supportés conséquemment « en raison de leurs facultés » par tous ceux qui constituent la collectivité bénéficiaire de ces services.

Le second de ces principes, qui tempère le premier et le limite, c'est que les nécessités de la vie en société et l'existence même de l'Etat imposent à tous les citoyens, parce que tous profitent de son organisation et de ses services, l'obligation de supporter sans indemnité, à moins que le législateur en ait décidé autrement, toutes les conséquences dommageables dérivant de l'exercice légal et régulier de la puissance publique et du fonctionnement normal des services d'intérêt général. »

Cette longue évolution de la jurisprudence administrative que nous venons d'étudier n'a pas pu se produire sans amener fatalement quelques revirements dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Tout d'abord elle distingua, et cela à la suite du Conseil d'Etat, entre la responsabilité de l'Etat et celle des autres personnes morales administratives, et elle admit que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être appréciée d'après les règles du droit commun (1).

Par contre, si elle considérait que la responsabilité

1. Voir ci-dessus, p. 76, l'arrêt du 26 déc. 1899.

des communes était basée sur les articles 1382 et suivants du Code civil, elle estimait que cette responsabilité existait dans tous les cas, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les actes de puissance publique et les actes de gestion, se rapprochant ainsi de la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat que nous venons d'examiner (1).

Pourtant là encore, et sous l'influence du Conseil d'Etat, quelque changement devait se produire dans sa jurisprudence. Restreignant la portée de sa théorie, elle adopta à son tour la division des actes administratifs en actes de puissance publique et en actes de gestion si longtemps consacrée par la jurisprudence administrative, et cela, au moment même où le Conseil d'Etat venait de l'abandonner.

« Attendu, dit-elle dans un arrêt de 1905 (2), que, si une commune a, dans la personne de son maire, un représentant légal dont les actes régulièrement faits l'obligent par l'effet du mandat, et dont les fautes commises dans l'exercice de ce même mandat le rendent responsable envers les tiers, conformément au droit commun et par application de l'article 1382 du Code civil, c'est dans le cas où la faute du maire se rattache à un acte de gestion communale, c'est-à-dire à un acte

1. Voir les arrêts cités ci-dessus, p. 85, n. 1.

2. Cass., 3 avril 1905, précité, v. p. 86, note 1 ; voir aussi les autres arrêts qui y sont cités.

où il est réputé avoir agi comme mandataire chargé de cette question ;

Mais qu'indépendamment de sa qualité de **représentant** de la communauté des habitants, le maire est un magistrat de l'ordre **administratif** investi d'une délégation directe de la puissance publique et que c'est en cette dernière qualité qu'il est appelé, le cas échéant, à exercer les pouvoirs de police que lui confère l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 ; qu'il suit de là que, si la faute à lui reprochée consiste uniquement à n'avoir pas fait un usage suffisant des pouvoirs susdits, cette faute prétendue, qui constituerait d'ailleurs un pur acte d'administration échappant à l'autorité judiciaire, ne saurait être considérée comme imputable à la commune dans les conditions des articles 1382 et 1383 du Code civil et, par conséquent, ne saurait donner ouverture contre celle-ci à une action en responsabilité basée sur les dispositions desdits articles. »

Remarquons tout d'abord qu'il est assez bizarre que la Cour de cassation statue au fond, bien que se déclarant incompétente.

D'autre part, nous savons déjà que ce n'est pas tant cette distinction entre les actes de puissance publique et les actes de gestion qui a inspiré la Cour de cassation qu'une autre entre les actes faits par le maire et ceux faits par les agents inférieurs de la commune (1).

1. Voir ci-dessus, p. 86 et suiv.

Cette dernière distinction peu rationnelle ne pourrait être d'ailleurs plus satisfaisante lorsqu'il s'agit d'examiner la responsabilité des communes au point de vue du fond que lorsqu'il s'agit de l'examiner au point de vue de la compétence (1).

Quoi qu'il en soit, la théorie qui distingue entre les actes de puissance publique et les actes de gestion, nous l'avons vu, paraît très rationnelle et seule juridique. M. Berthélemy, il est vrai, qui s'en est fait le défenseur acharné, en conteste pourtant l'application lorsqu'il s'agit de la responsabilité des communes, parce qu'alors il estime cette responsabilité indispensable.

« Que le pouvoir soit irresponsable, dit-il (2), quand il est exercé par des fonctionnaires offrant de sérieuses garanties de recrutement, par les Cours d'appel, par les chefs des grandes administrations agissant sous la direction des ministres, il n'y a là rien de dangereux, et ce que les principes juridiques imposent comme nécessaire est tenu, dans la pratique, pour acceptable. Nous pouvons regretter que les dommages causés par un mauvais arrêt, ou par un mauvais décret, ou par un arrêté entaché d'excès de pouvoir soient irréparables. Mais d'une part, la hiérarchie, d'autre part, la probité ordinaire des dépositaires de l'autorité adminis-

1. Voir la note de M. Appert sous les arrêts précités des 23 mai 1905 et 15 janv. 1906. S. 1907.1.81.

2. Berthélemy, *op. cit.*, p. 534.

trative, nous sont une garantie contre les erreurs et les abus de ce genre.

Il n'y a plus de garantie, au contraire, en face du pouvoir municipal et des abus d'autorité d'un maire soutenu par la majorité, même très faible, de ses conseillers municipaux. L'irresponsabilité, ici, peut avoir pour conséquence la plus abusive des tyrannies. Le maire, ordinairement chef d'une faction politique, pourra, sous prétexte de police, prendre à l'égard de ses adversaires des mesures odieuses ; mesures illégales sans doute, mais aussi dangereuses que si elles étaient régulières. Trop souvent on aimera mieux les subir que faire un procès en nullité ; et puis, à supposer qu'on les fasse annuler, si la commune n'est pas responsable, les dommages n'en auront pas moins été commis, et ils seront irréparables. »

« Il faut conclure de là, ajoute-t-il, que, si la responsabilité communale à raison des actes d'autorité accomplis par les agents communaux est contraire au droit, elle est utile en fait. »

Mais cette considération n'aurait toute sa valeur que dans le cas où le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, adoptant tous deux la théorie de M. Berthélemy, proclameraient l'irresponsabilité de la puissance publique. Or nous avons vu qu'il en est tout autrement, que le Conseil d'Etat n'admet pas cette irresponsabilité, que d'ailleurs il estime que la responsabilité de l'administration n'est jamais basée sur les dispositions du Code

civil, mais toujours sur des principes particuliers du droit public.

Et M. Berthélemy nous accordera alors facilement que, cette considération d'utilité, que nous venons de le voir développer si énergiquement, ne pouvant plus être invoquée, puisque fausse en réalité, il n'y a pas lieu de rompre en un point l'harmonie de son système.

La Cour de cassation peut donc conserver sa distinction entre les actes de gestion et les actes de puissance publique, mais à cette condition toutefois que, lorsqu'elle est appelée à connaître de ces derniers, elle se déclare purement et simplement incompétente sans aller, comme tout à l'heure, par un illogisme incompréhensible, reconnaître son incompétence et statuer pourtant ensuite sur le fond.

Aussi bien cette solution, satisfaisante au point de vue du droit, ne l'est-elle pas, à notre sens, au point de vue de la législation et il serait désirable que la loi, ici encore, intervînt pour établir dans tous les cas et sur le même fondement la responsabilité communale, comme déjà, nous l'avons dit (1), nous aurions voulu la voir intervenir pour établir dans tous les cas la compétence des tribunaux judiciaires. La justice en serait peut-être moins sûre ; qu'importe, elle serait plus certaine, nous le verrons dans un instant, et cela doit nous suffire.

1. Voir ce que nous avons dit plus haut, p. 89.

Pourrons-nous dégager de cette seconde partie de notre étude, comme nous l'avons déjà fait de la première, quelque idée générale qui puisse expliquer les solutions divergentes données par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation aux espèces que nous avons examinées, et qui donne ainsi une vue d'ensemble de la jurisprudence de chacune de nos deux juridictions.

Nous croyons qu'on peut dire très certainement que la Cour de cassation s'est toujours efforcée de ramener directement ou indirectement les solutions qu'elle donnait dans les affaires qui lui étaient soumises à des dispositions de la loi positive.

Pour elle, ou bien les rapports qui s'établissent entre l'administration d'une part et ses agents ou les tiers d'autre part, sont de ceux qui s'établissent entre les simples particuliers et présentent avec eux tout au moins beaucoup d'analogie quand ils ne leur sont pas tout à fait semblables, et la loi civile leur est alors textuellement applicable ; ou bien ces rapports sont de ceux que l'administration seule peut créer en vertu de ses pouvoirs de commandement, et là encore, pour les apprécier, c'est aux dispositions générales ou spéciales de la loi qu'il faudra se reporter, car c'est la loi seule qui en fixe la nature comme elle en fixe l'étendue. Et il ne semble pas que cette doctrine puisse être en rien critiquée au point de vue juridique.

Le Conseil d'Etat, au contraire, ne s'est pas montré aussi soucieux de rester sur le terrain légal. Qu'il s'agisse des pouvoirs d'autorité de l'administration ou des rapports ordinaires qui peuvent s'établir entre elle et les particuliers, il estime que dans tous les cas il peut chercher autre part que dans la loi existante la solution des litiges qui lui sont soumis.

Si cette théorie ne peut, à notre sens, se justifier en aucune façon au point de vue juridique, on peut toutefois se demander ce qu'elle vaut en fait. C'est ce que nous avons déjà eu l'occasion de faire tout à l'heure (1) en recherchant l'étendue des pouvoirs de souveraineté de l'administration, et nous avons conclu très énergiquement en ce cas au rejet d'une théorie qui, en permettant à l'administration de se substituer au législateur, ne pouvait rien moins qu'engendrer l'arbitraire et la tyrannie.

Mais en sera-t-il de même lorsqu'il s'agira des rapports ordinaires de l'administration avec ses agents ou avec les tiers ? Nous ne le croyons pas. D'abord il n'y a plus tout à fait là, de la part du Conseil d'Etat, une véritable usurpation du pouvoir législatif ; il y a bien méconnaissance de la loi, mais plutôt dans son texte que dans son esprit. Et puis, nous avons vu que dans ce cas la théorie du Conseil d'Etat reposait sur des motifs très rationnels et aboutissait en somme à des

1. Voir ce que nous avons dit plus haut, chap. I, § 3, p. 120 et suiv.

solutions de beaucoup préférables à celles que l'on pouvait attendre de la Cour de cassation.

Les personnes publiques, en effet, prennent de jour en jour une importance plus considérable ; leur rôle grandit, en même temps que s'élargit le champ de leurs attributions, car peu à peu elles pénètrent dans des domaines où jadis elles se refusaient à entrer ; les intérêts qu'elles veulent satisfaire devenant alors de plus en plus complexes, leur mission devient de plus en plus délicate, et il semble de moins en moins possible de circonscrire leur activité dans les cadres de la vie privée.

A une situation nouvelle, il faut un droit nouveau, et certes cette théorie nous paraît séduisante qui, soucieuse de résoudre en équité les nombreuses difficultés qui lui sont soumises, essaye d'en dégager peu à peu par une lente évolution les éléments d'un droit public dont les principes auront d'autant plus de valeur qu'ils seront le fruit d'une plus longue expérience ; ils remplaceront alors avantageusement ceux que pourraient poser des lois qui ne sont souvent que le produit de l'ignorance et de la passion, car ils auront été tirés des réalités concrètes de l'existence, et cela par des esprits guidés par ce seul idéal de justice qui doit être le but dernier de toute jurisprudence.

Cette théorie pourtant ne nous semble admissible que dans une certaine limite. Sans revenir sur une objection très grave que nous lui avons déjà faite, à

savoir qu'en proclamant l'incompétence des tribunaux civils elle éloigne ainsi la justice des justiciables, il en est une autre non moins grave et à laquelle nous pensions tout à l'heure en demandant l'intervention de la loi pour établir dans tous les cas la responsabilité des communes sur le droit commun.

Le Conseil d'Etat, en effet, substitue au texte légal une formule très vague et par suite très souple. pouvant, il est vrai, s'appliquer aux espèces si diverses que la pratique révèle de jour en jour, mais nous croyons pourtant que, si la souplesse peut se justifier par de bonnes raisons, la précision lui est dans certains cas de beaucoup préférable.

Les droits de chacun, pensons-nous, doivent être d'autant plus nettement fixés qu'ils sont plus susceptibles d'être violés de même que le pouvoir de commander à autrui doit être d'autant plus limité qu'il est plus susceptible d'être dépassé.

Et, en effet, plus une fonction publique tombe en des mains minimales, plus ceux auxquels on la confie sont fiers de la remplir et moins ils sont capables de le faire. Rien n'est plus à craindre alors que les formules imprécises dont le sens savant échappe à leur esprit inhabile, et qui, sous prétexte de limiter leurs droits, peuvent en faciliter les abus. Il faut les combattre très énergiquement, et cela encore pour la sauvegarde de la liberté.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	5
PREMIÈRE PARTIE	
Comment la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont compris le principe de la séparation des pou- voirs	9
CHAPITRE PREMIER. — De l'interprétation extensive des textes qui donnent compétence aux tri- bunaux administratifs.....	13
§ 1 ^{er} . — Des dommages causés aux personnes par l'exécution des travaux publics.....	13
§ 2. — Des dommages causés par l'entretien ou l'exploitation d'un ouvrage public.....	26
CHAPITRE II. — Du principe que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété et des droits individuels	36
§ 1 ^{er} . — Des offres de concours faites en vue de l'exécution de travaux publics.....	37
§ 2. — Des dommages permanents causés par l'exécution des travaux publics.....	45
§ 3. — De la délimitation du domaine public naturel	51
CHAPITRE III. — De l'extension de la compétence administrative à tous les litiges qui peuvent	

s'élever dans l'exécution des services publics.	66
§ 1 ^{er} . — De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents.....	67
§ 2. — De la responsabilité des communes et des autres personnes morales administratives..	77

DEUXIÈME PARTIE

Comment la Cour de cassation et le Conseil d'Etat entendent régler les rapports de l'adminis- tration avec ses agents ou avec les tiers...	91
CHAPITRE PREMIER. — Le respect de la propriété et des droits individuels.....	92
§ 1 ^{er} . — Des entraves apportées à l'exploitation d'une mine.....	93
§ 2. — Des pouvoirs de l'autorité municipale en matière de salubrité.....	101
§ 3. — De l'exercice de la souveraineté par l'au- torité administrative.....	110
CHAPITRE II. — Le respect des obligations contrac- tuelles ou légales.....	124
§ 1 ^{er} . — Du retrait des permissions de voirie...	125
§ 2. — De la responsabilité des personnes mora- les administratives.....	137

Vu : le Président de la thèse,
BERTHÉLEMY

Vu : le Doyen,
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

